

**Dr. Henry Morgentaler, Dr. Leslie Frank Smoling and Dr. Robert Scott** *Appellants*

*v.*

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada** *Intervener*

INDEXED AS: R. V. MORGENTALER

File No.: 19556.

1986: October 7, 8, 9, 10; 1988: January 28.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson and La Forest J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security of the person — Fundamental justice — Abortion — Criminal Code prohibiting abortion except where life or health of woman endangered — Whether or not abortion provisions infringe right to life, liberty and security of the person — If so, whether or not such infringement in accord with fundamental justice — Whether or not impugned legislation reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7 — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 251.*

*Constitutional law — Jurisdiction — Superior court powers and inter-delegation — Whether or not therapeutic abortion committees exercising s. 96 court functions — Whether or not abortion provisions improperly delegate criminal law powers — Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 96.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Whether or not Attorney General's right of appeal constitutional — Costs — Whether or not prohibition on costs constitutional — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 605, 610(3).*

*Criminal law — Abortion — Criminal Code prohibiting abortion and procuring of abortion except where life or health of woman endangered — Whether or not abortion provisions ultra vires Parliament — Whether or not abortion provisions infringe right to life, liberty and security of the person — If so, whether or not such infringement in accord with fundamental justice —*

**D<sup>r</sup> Henry Morgentaler, D<sup>r</sup> Leslie Frank Smoling et D<sup>r</sup> Robert Scott** *Appellants*

*c.*

<sup>a</sup> **Sa Majesté La Reine** *Intimée*

et

**Le procureur général du Canada** *Intervenant*

<sup>b</sup> RÉPERTORIÉ: R. C. MORGENTALER

N<sup>o</sup> du greffe: 19556.

1986: 7, 8, 9, 10 octobre; 1988: 28 janvier.

<sup>c</sup> Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

<sup>d</sup> *Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité de la personne — Justice fondamentale — Avortement — Le Code criminel interdit l'avortement, sauf si la vie ou la santé de la femme est en danger — Les dispositions sur l'avortement portent-elles atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne? — Si oui, une telle atteinte est-elle en conformité avec la justice fondamentale? — La loi en cause est-elle raisonnable et peut-elle être justifiée dans une société libre et démocratique? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 251.*

<sup>e</sup> *Droit constitutionnel — Compétence — Pouvoirs des cours supérieures et délégation — Les comités de l'avortement thérapeutique exercent-ils les fonctions d'une cour créée en vertu de l'art. 96? — Les dispositions sur l'avortement constituent-elles une délégation irrégulière de la compétence en matière criminelle? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 96.*

<sup>f</sup> *Droit constitutionnel — Charte des droits — Le droit d'appel du procureur général est-il constitutionnel? — Dépens — L'interdiction relative aux dépens est-elle constitutionnelle? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 605, 610(3).*

<sup>g</sup> *Droit criminel — Avortement — Le Code criminel interdit l'avortement et de procurer un avortement, sauf si la vie ou la santé de la femme est en danger — Les dispositions sur l'avortement excèdent-elles les pouvoirs du Parlement? — Les dispositions sur l'avortement portent-elles atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne? — Si oui, une telle atteinte est-elle en conformité avec la justice fondamentale? — La loi en cause est-elle raisonnable et*

*Whether or not impugned legislation reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.*

*Criminal law — Juries — Address to jury advising them to ignore law as stated by judge — Counsel wrong.*

Appellants, all duly qualified medical practitioners, set up a clinic to perform abortions upon women who had not obtained a certificate from a therapeutic abortion committee of an accredited or approved hospital as required by s. 251(4) of the *Criminal Code*. The doctors had made public statements questioning the wisdom of the abortion laws in Canada and asserting that a woman has an unfettered right to choose whether or not an abortion is appropriate in her individual circumstances. Indictments were preferred against the appellants charging that they had conspired with each other with intent to procure abortions contrary to ss. 423(1)(d) and 251(1) of the *Criminal Code*.

Counsel for the appellants moved to quash the indictment or to stay the proceedings before pleas were entered on the grounds that s. 251 of the *Criminal Code* was *ultra vires* the Parliament of Canada, in that it infringed ss. 2(a), 7 and 12 of the *Charter*, and was inconsistent with s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*. The trial judge dismissed the motion, and the Ontario Court of Appeal dismissed an appeal from that decision. The trial proceeded before a judge sitting with a jury, and the three accused were acquitted. The Crown appealed the acquittal and the appellants filed a cross-appeal. The Court of Appeal allowed the appeal, set aside the acquittal and ordered a new trial. The Court held that the cross-appeal related to issues already raised in the appeal, and the issues, therefore, were examined as part of the appeal.

The Court stated the following constitutional questions:

1. Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(a), 7, 12, 15, 27 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If section 251 of the *Criminal Code* of Canada infringes or denies the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(a), 7, 12, 15, 27 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is s. 251 justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

*peut-elle être justifiée dans une société libre et démocratique?*

*Droit criminel — Jury — Exposé au jury lui conseillant d'ignorer les règles de droit énoncées par le juge — a Erreur de l'avocat.*

Les appelants sont tous docteurs en médecine; ensemble, ils ont ouvert une clinique pour pratiquer des avortements sur des femmes qui n'avaient pas obtenu le certificat du comité de l'avortement thérapeutique d'un hôpital accrédité ou approuvé requis par le par. 251(4) du *Code criminel*. Les médecins ont fait des déclarations publiques dans lesquelles ils ont mis en doute la sagesse de la législation canadienne sur l'avortement et ont affirmé qu'une femme a le droit souverain de décider si un avortement s'impose ou non dans sa situation personnelle. Des actes d'accusation ont été portés contre les appelants les inculquant de complot, les uns avec les autres, avec l'intention de procurer des avortements, infractions prévues à l'al. 423(1)d) et au par. 251(1) du *Code criminel*.

L'avocat des appelants a demandé l'annulation de l'acte d'accusation ou la suspension des poursuites avant d'inscrire les plaidoyers, pour le motif que l'art. 251 du *Code criminel* excéderait les pouvoirs du Parlement du Canada, enfreindrait l'al. 2a) et les art. 7 et 12 de la *Charte* et entrerait en conflit avec l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*. Le juge de première instance a rejeté la requête et l'appel interjeté à la Cour d'appel de l'Ontario a aussi été rejeté. Le procès s'est poursuivi devant juge et jury et les trois accusés ont été acquittés. Le ministère public a interjeté appel de l'acquiescement et les appelants ont formé un appel incident. La Cour d'appel a accueilli l'appel, annulé le verdict d'acquiescement et ordonné un nouveau procès. La Cour a jugé que l'appel incident se rapportait à des points déjà soulevés dans l'appel principal et on les a donc étudiés dans le cadre de ce dernier.

La Cour a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. L'article 251 du *Code criminel* du Canada porte-t-il atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'al. 2a) et les art. 7, 12, 15, 27 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si l'article 251 du *Code criminel* du Canada porte atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'al. 2a) et les art. 7, 12, 15, 27 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

3. Is section 251 of the *Criminal Code* of Canada *ultra vires* the Parliament of Canada?
4. Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada violate s. 96 of the *Constitution Act, 1867*?
5. Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada unlawfully delegate federal criminal power to provincial Ministers of Health or Therapeutic Abortion Committees, and in doing so, has the Federal Government abdicated its authority in this area?
6. Do sections 605 and 610(3) of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 11(d), 11(f), 11(h) and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
7. If sections 605 and 610(3) of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 11(d), 11(f), 11(h) and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are ss. 605 and 610(3) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

*Held* (McIntyre and La Forest JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the acquittals restored. The first constitutional question should be answered in the affirmative as regards s. 7 and the second in the negative as regards s. 7. The third, fourth and fifth constitutional questions should be answered in the negative. The sixth constitutional question should be answered in the negative with respect to s. 605 of the *Criminal Code* and should not be answered as regards s. 610(3). The seventh constitutional question should not be answered.

*Per* Dickson C.J. and Lamer J.: Section 7 of the *Charter* requires that the courts review the substance of legislation once the legislation has been determined to infringe an individual's right to "life, liberty and security of the person". Those interests may only be impaired if the principles of fundamental justice are respected. It was sufficient here to investigate whether or not the impugned legislative provisions met the procedural standards of fundamental justice and the Court accordingly did not need to tread the fine line between substantive review and the adjudication of public policy.

State interference with bodily integrity and serious state-imposed psychological stress, at least in the criminal law context, constitutes a breach of security of the person. Section 251 clearly interferes with a woman's physical and bodily integrity. Forcing a woman, by threat of criminal sanction, to carry a foetus to term unless she meets certain criteria unrelated to her own priorities and aspirations, is a profound interference

3. L'article 251 du *Code criminel* du Canada excède-t-il les pouvoirs du Parlement du Canada?
4. L'article 251 du *Code criminel* du Canada viole-t-il l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
- a 5. L'article 251 du *Code criminel* du Canada délègue-t-il illégalement la compétence fédérale en matière criminelle aux ministres de la Santé provinciaux ou aux comités de l'avortement thérapeutique et, ce faisant, le gouvernement fédéral a-t-il abdiqué son autorité dans ce domaine?
- b 6. L'article 605 et le par. 610(3) du *Code criminel* du Canada portent-ils atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'art. 7, les al. 11d), 11f), 11h) et le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- c 7. Si l'article 605 et le par. 610(3) du *Code criminel* du Canada portent atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'art. 7, les al. 11d), 11f), 11h) et le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

*Arrêt* (les juges McIntyre et La Forest sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et les acquittements sont rétablis. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative en ce qui concerne l'art. 7 et la deuxième question une réponse négative en ce qui concerne l'art. 7. Les troisième, quatrième et cinquième questions reçoivent une réponse négative. La sixième question reçoit une réponse négative en ce qui concerne l'art. 605 du *Code criminel* et ne reçoit aucune réponse en ce qui concerne le par. 610(3). Il n'est pas nécessaire de répondre à la septième question.

*Le juge en chef Dickson et le juge Lamer*: L'article 7 de la *Charte* impose aux tribunaux le devoir d'examiner, au fond, les textes législatifs une fois qu'il a été jugé qu'ils enfreignent le droit de l'individu «à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne». Il ne peut être porté atteinte à ces intérêts que si les principes de justice fondamentale sont respectés. Il suffit en l'espèce d'examiner si les dispositions législatives en cause sont conformes aux normes procédurales de justice fondamentale et il n'est donc pas nécessaire que la Cour touche à l'équilibre fragile entre examen du fond et décision de politiques générales.

- i L'atteinte que l'État porte à l'intégrité physique et la tension psychologique causée par l'État, du moins dans le contexte du droit criminel, constituent une violation de la sécurité de la personne. L'article 251 constitue clairement une atteinte à l'intégrité physique et émotionnelle d'une femme. Forcer une femme, sous la menace d'une sanction criminelle, à mener le foetus à terme, à moins qu'elle ne remplisse certains critères indépendants

with a woman's body and thus an infringement of security of the person. A second breach of the right to security of the person occurs independently as a result of the delay in obtaining therapeutic abortions caused by the mandatory procedures of s. 251 which results in a higher probability of complications and greater risk. The harm to the psychological integrity of women seeking abortions was also clearly established.

Any infringement of the right to life, liberty and security of the person must comport with the principles of fundamental justice. These principles are to be found in the basic tenets of our legal system. One of the basic tenets of our system of criminal justice is that when Parliament creates a defence to a criminal charge, the defence should not be illusory or so difficult to attain as to be practically illusory.

The procedure and restrictions stipulated in s. 251 for access to therapeutic abortions make the defence illusory resulting in a failure to comply with the principles of fundamental justice. A therapeutic abortion may be approved by a "therapeutic abortion committee" of an "accredited or approved hospital". The requirement of s. 251(4) that at least four physicians be available at that hospital to authorize and to perform an abortion in practice makes abortions unavailable in many hospitals. The restrictions attaching to the term "accredited" automatically disqualifies many Canadian hospitals from undertaking therapeutic abortions. The provincial approval of a hospital for the purpose of performing therapeutic abortions further restricts the number of hospitals offering this procedure. Even if a hospital is eligible to create a therapeutic abortion committee, there is no requirement in s. 251 that the hospital need do so. Provincial regulation as well can heavily restrict or even deny the practical availability of the exculpatory provisions of s. 251(4).

The administrative system established in s. 251(4) fails to provide an adequate standard for therapeutic abortion committees which must determine when a therapeutic abortion should, as a matter of law, be granted. The word "health" is vague and no adequate guidelines have been established for therapeutic abortion committees. It is typically impossible for women to know in advance what standard of health will be applied by any given committee.

The argument that women facing difficulties in obtaining abortions at home can simply travel elsewhere would not be especially troubling if those difficulties

de ses propres priorités et aspirations, est une ingérence profonde à l'égard de son corps et donc une atteinte à la sécurité de sa personne. Une deuxième violation du droit à la sécurité de la personne se produit indépendamment par suite du retard à obtenir un avortement thérapeutique en raison de la procédure imposée par l'art. 251 qui entraîne une augmentation de la probabilité de complications et accroît les risques. Il a été clairement établi que l'art. 251 porte atteinte à l'intégrité psychologique des femmes voulant un avortement.

Toute atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne doit être en accord avec les principes de justice fondamentale. On trouve ces principes dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique. L'un des préceptes fondamentaux de notre système de justice criminelle est que, lorsque le Parlement crée une défense à l'égard d'une accusation criminelle, celle-ci ne doit être ni illusoire ni à ce point difficile à faire valoir qu'elle soit pratiquement illusoire.

La procédure et les restrictions établies par l'art. 251 pour avoir droit à un avortement rendent la défense illusoire et reviennent au non-respect des principes de justice fondamentale. Un avortement thérapeutique doit être approuvé par un «comité de l'avortement thérapeutique» d'un hôpital «accrédité ou approuvé». L'obligation du par. 251(4) qu'au moins quatre médecins soient disponibles dans cet hôpital pour autoriser et pratiquer un avortement, signifie en pratique que beaucoup d'hôpitaux ne peuvent pas pratiquer des avortements. Les restrictions découlant du terme «accrédité» interdisent automatiquement à un grand nombre d'hôpitaux canadiens de pratiquer des avortements thérapeutiques. L'accréditation provinciale d'un hôpital aux fins de pratiquer des avortements thérapeutiques restreint encore plus le nombre d'hôpitaux où on peut les pratiquer. Même si un hôpital est autorisé à former un comité de l'avortement thérapeutique, rien dans l'art. 251 ne l'oblige à le faire. La réglementation provinciale peut fortement limiter et même supprimer le recours en pratique aux dispositions disculpatoires du par. 251(4).

Le système administratif établi par le par. 251(4) n'offre pas de norme adéquate à laquelle les comités de l'avortement thérapeutique doivent se référer lorsqu'ils ont à décider si un avortement thérapeutique devrait, en droit, être autorisé. Le terme «santé» est vague et aucunes directives adéquates n'ont été établies pour les comités de l'avortement thérapeutique. Il est, en général, impossible que les femmes sachent à l'avance quelle norme de santé un comité donné appliquera.

L'argument voulant que les femmes qui éprouvent des difficultés à se faire avorter au lieu de leur domicile n'ont qu'à se rendre ailleurs ne serait pas spécialement

were not in large measure created by the procedural requirements of s. 251. The evidence established convincingly that it is the law itself which in many ways prevents access to local therapeutic abortion facilities.

Section 251 cannot be saved under s. 1 of the *Charter*. The objective of s. 251 as a whole, namely to balance the competing interests identified by Parliament, is sufficiently important to pass the first stage of the s. 1 inquiry. The means chosen to advance its legislative objectives, however, are not reasonable or demonstrably justified in a free and democratic society. None of the three elements for assessing the proportionality of means to ends is met. Firstly, the procedures and administrative structures created by s. 251 are often unfair and arbitrary. Moreover, these procedures impair s. 7 rights far more than is necessary because they hold out an illusory defence to many women who would *prima facie* qualify under the exculpatory provisions of s. 251(4). Finally, the effects of the limitation upon the s. 7 rights of many pregnant women are out of proportion to the objective sought to be achieved and may actually defeat the objective of protecting the life and health of women.

*Per* Beetz and Estey JJ.: Before the advent of the *Charter*, Parliament recognized, in adopting s. 251(4) of the *Criminal Code*, that the interest in the life or health of the pregnant woman takes precedence over the interest in prohibiting abortions, including the interest of the state in the protection of the foetus, when "the continuation of the pregnancy of such female person would or would be likely to endanger her life or health". This standard in s. 251(4) became entrenched at least as a minimum when the "right to life, liberty and security of the person" was enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* at s. 7.

"Security of the person" within the meaning of s. 7 of the *Charter* must include a right of access to medical treatment for a condition representing a danger to life or health without fear of criminal sanction. If an act of Parliament forces a pregnant woman whose life or health is in danger to choose between, on the one hand, the commission of a crime to obtain effective and timely medical treatment and, on the other hand, inadequate treatment or no treatment at all, her right to security of the person has been violated.

gênant si ces difficultés ne résultaient pas dans une large mesure des exigences de procédure de l'art. 251. La preuve établit de façon convaincante que c'est la loi elle-même qui, de bien des manières, empêche de s'adresser aux institutions locales offrant l'avortement thérapeutique.

L'article 251 ne peut être sauvé par l'article premier de la *Charte*. L'objectif de l'art. 251 dans son ensemble, soit d'équilibrer les intérêts en concurrence identifiés par le Parlement, est suffisamment important pour passer le premier stade de l'examen au regard de l'article premier. Les moyens choisis pour mettre en œuvre ces objectifs législatifs ne sont pas raisonnables et leur justification ne peut se démontrer dans une société libre et démocratique. On ne trouve aucun des trois éléments permettant d'évaluer la proportionnalité des moyens et de la fin. Premièrement, la procédure et les structures administratives instaurées par l'art. 251 sont souvent arbitraires et injustes. En outre, ces procédures portent atteinte aux droits garantis par l'art. 7 au-delà de ce qui est nécessaire, puisqu'elle ne fournit qu'une défense illusoire à nombre de femmes qui, *prima facie*, pourraient se prévaloir des dispositions disculpatoires du par. 251(4). Enfin, les effets de la limitation des droits garantis par l'art. 7, pour nombre de femmes enceintes, sont disproportionnés par rapport à l'objectif recherché et peuvent effectivement mettre en échec l'objectif de protection de la vie et de la santé des femmes.

*Les* juges Beetz et Estey: Avant l'avènement de la *Charte*, le Parlement a reconnu, en adoptant le par. 251(4) du *Code criminel*, que l'intérêt que représente la vie ou la santé de la femme enceinte l'emporte sur celui qu'il y a à interdire les avortements, y compris l'intérêt qu'a l'État dans la protection du foetus, lorsque «la continuation de la grossesse de cette personne du sexe féminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière». Ce critère du par. 251(4) a été consacré, au moins comme minimum, lorsque le «droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne» a été enchâssé dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, à l'art. 7.

L'expression «sécurité de la personne», au sens de l'art. 7 de la *Charte*, doit inclure le droit au traitement médical d'un état dangereux pour la vie ou la santé, sans menace de répression pénale. Si une loi du Parlement force une femme enceinte dont la vie ou la santé est en danger à choisir entre, d'une part, la perpétration d'un crime pour obtenir un traitement médical efficace en temps opportun et, d'autre part, un traitement inadéquat, voire aucun traitement, son droit à la sécurité de sa personne a été violé.

According to the evidence, the procedural requirements of s. 251 of the *Criminal Code* significantly delay pregnant women's access to medical treatment resulting in an additional danger to their health, thereby depriving them of their right to security of the person. This deprivation does not accord with the principles of fundamental justice. While Parliament is justified in requiring a reliable, independent and medically sound opinion as to the "life or health" of the pregnant woman in order to protect the state interest in the foetus, and while any such statutory mechanism will inevitably result in some delay, certain of the procedural requirements of s. 251 of the *Criminal Code* are nevertheless manifestly unfair. These requirements are manifestly unfair in that they are unnecessary in respect of Parliament's objectives in establishing the administrative structure and in that they result in additional risks to the health of pregnant women.

The following statutory requirements contribute to the manifest unfairness of the administrative structure imposed by the *Criminal Code*: (1) the requirement that all therapeutic abortions must take place in an "accredited" or "approved" hospital as defined in s. 251(6); (2) the requirement that the committee come from the accredited or approved hospital in which the abortion is to be performed; (3) the provision that allows hospital boards to increase the number of members of a committee; (4) the requirement that all physicians who practise lawful therapeutic abortions be excluded from the committees.

The primary objective of s. 251 of the *Criminal Code* is the protection of the foetus. The protection of the life and health of the pregnant woman is an ancillary objective. The primary objective does relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society and which, pursuant to s. 1 of the *Charter*, justify reasonable limits to be put on a woman's right. However, the means chosen in s. 251 are not reasonable and demonstrably justified. The rules unnecessary in respect of the primary and ancillary objectives which they are designed to serve, such as the above-mentioned rules contained in s. 251, cannot be said to be rationally connected to these objectives under s. 1 of the *Charter*. Consequently, s. 251 does not constitute a reasonable limit to the security of the person.

It is not necessary to answer the question concerning the circumstances in which there is a proportionality between the effects of s. 251 which limit the right of pregnant women to security of the person and the

D'après la preuve soumise, les exigences procédurales de l'art. 251 du *Code criminel* ont pour effet de retarder considérablement l'obtention par les femmes enceintes d'un traitement médical, ce qui cause un danger additionnel pour leur santé et porte atteinte, par le fait même, à leur droit à la sécurité de leur personne. Cette atteinte n'est pas compatible avec les principes de justice fondamentale. Quoique le Parlement soit justifié d'exiger une opinion médicale éclairée, indépendante et fiable relativement à la vie ou à la santé de la femme enceinte pour protéger l'intérêt qu'a l'État à l'égard du foetus et quoiqu'un tel dispositif législatif entraîne inévitablement des délais, certaines des exigences procédurales de l'art. 251 du *Code criminel* sont néanmoins nettement injustes. Ces exigences sont nettement injustes en ce sens qu'elles sont inutiles au regard des objectifs poursuivis par le Parlement en établissant la structure administrative et qu'elles entraînent des risques additionnels pour la santé des femmes enceintes.

Les exigences législatives suivantes rendent nettement injuste la structure administrative imposée par le *Code criminel*: (1) l'obligation que tous les avortements thérapeutiques soient pratiqués dans des hôpitaux «accrédités» ou «approuvés» selon la définition du par. 251(6); (2) l'obligation que le comité provienne de l'hôpital accrédité ou approuvé où l'avortement doit être pratiqué; (3) la disposition qui autorise un conseil d'hôpital à augmenter le nombre de membres d'un comité; (4) l'exclusion du sein de ces comités de tous les médecins qui pratiquent des avortements thérapeutiques licites.

L'objectif premier de l'art. 251 du *Code criminel* est la protection du foetus. La protection de la vie et de la santé de la femme enceinte est un objectif secondaire. L'objectif premier, celui de la protection du foetus, touche effectivement à des questions qui sont urgentes et importantes dans une société libre et démocratique et qui, conformément à l'article premier de la *Charte*, justifient que des limites raisonnables soient imposées au droit d'une femme. Toutefois, les moyens choisis par l'art. 251 ne sont pas raisonnables et leur justification ne peut être démontrée. On ne peut dire que les règles inutiles aux fins des objectifs premier et secondaire qu'elles sont censées appuyer, comme les règles susmentionnées de l'art. 251, ont un lien rationnel avec ces objectifs aux termes de l'article premier de la *Charte*. Par conséquent, l'art. 251 ne constitue pas une limite raisonnable à la sécurité de la personne.

Il n'est pas nécessaire de répondre à la question relative aux circonstances dans lesquelles il y a proportionnalité entre les effets de l'art. 251 qui limite le droit des femmes enceintes à la sécurité de leur personne et

objective of the protection of the foetus. In any event, the objective of protecting the foetus would not justify the severity of the breach of pregnant women's right to security of the person which would result if the exculpatory provision of s. 251 was completely removed from the *Criminal Code*. However, it is possible that a future enactment by Parliament that would require a higher degree of danger to health in the latter months of pregnancy, as opposed to the early months, for an abortion to be lawful, could achieve a proportionality which would be acceptable under s. 1 of the *Charter*.

Given the conclusion that s. 251 contains rules unnecessary to the protection of the foetus, the question as to whether a foetus is included in the word "everyone" in s. 7, so as to have a right to "life, liberty and security of the person" under the *Charter*, need not be decided.

Section 251 is not colourable provincial legislation in relation to health but rather a proper exercise of Parliament's criminal law power pursuant to s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. The section does not offend s. 96 of the *Constitution Act, 1867* because the therapeutic abortion committees are not given judicial powers which were exercised by county, district and superior courts at the time of Confederation. These committees exercise a medical judgment on a medical question. Finally, s. 251 does not constitute an unlawful delegation of federal legislative power nor does it represent an abdication of the criminal law power by Parliament.

There is no merit in the argument based on s. 605(1)(a) of the *Criminal Code*. It is unnecessary to decide whether or not s. 610(3) of the *Criminal Code* violates ss. 7, 11(d), (f), (h) and 15 of the *Charter* or whether this Court has the power to award costs on appeals under s. 24(1) of the *Charter*. Whatever this Court's power to award costs in appeals such as this one, costs should not be awarded in this case.

*Per Wilson J.*: Section 251 of the *Criminal Code*, which limits the pregnant woman's access to abortion, violates her right to life, liberty and security of the person within the meaning of s. 7 of the *Charter* in a way which does not accord with the principles of fundamental justice.

The right to "liberty" contained in s. 7 guarantees to every individual a degree of personal autonomy over important decisions intimately affecting his or her pri-

l'objectif de la protection du fœtus. De toute façon, l'objectif de la protection du fœtus ne justifierait pas la gravité de la violation du droit des femmes enceintes à la sécurité de leur personne qui se produirait si la disposition disculpatoire de l'art. 251 était totalement exclue du *Code criminel*. Toutefois, il est possible qu'une loi éventuelle adoptée par le Parlement qui imposerait que la santé soit plus gravement menacée dans les derniers mois de la grossesse que dans les premiers mois pour qu'un avortement soit licite, pourrait atteindre un degré de proportionnalité acceptable aux termes de l'article premier de la *Charte*.

Vu la conclusion que l'art. 251 contient des règles inutiles pour la protection du fœtus, il n'est pas nécessaire de décider si un fœtus est visé par le mot «chacun» à l'art. 7 de la *Charte* de façon à avoir le droit «à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne» en vertu de la *Charte*.

L'article 251 n'est pas un texte législatif provincial déguisé relatif à la santé, mais il constitue plutôt un exercice valide de la compétence du Parlement en matière de droit criminel conformément au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'article n'enfreint pas l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* parce qu'il ne donne pas aux comités de l'avortement thérapeutique les pouvoirs judiciaires que les cours de comté, de district et supérieures exerçaient au moment de la Confédération. Ces comités portent un jugement médical sur une question médicale. Enfin, l'art. 251 ne constitue pas une délégation illégale d'un pouvoir législatif fédéral et ne représente pas non plus une renonciation du Parlement à son pouvoir en matière de droit criminel.

L'argument fondé sur l'al. 605(1)a) du *Code criminel* est mal fondé. Il n'est pas nécessaire de décider si le par. 610(3) du *Code criminel* viole l'art. 7 et les al. 11d), f), h) et l'art. 15 de la *Charte* ni si cette Cour a le pouvoir d'accorder des dépens lors d'un pourvoi en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Quel que soit le pouvoir de cette Cour d'accorder des dépens dans des pourvois comme celui-ci, aucuns dépens ne devraient être accordés en l'espèce.

*Le juge Wilson*: L'article 251 du *Code criminel*, qui limite le recours d'une femme enceinte à l'avortement, viole son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne au sens de l'art. 7 de la *Charte* d'une façon qui n'est pas conforme avec les principes de justice fondamentale.

Le droit à la «liberté» énoncé à l'art. 7 garantit à chaque individu une marge d'autonomie personnelle sur les décisions importantes touchant intimement à sa vie

vate life. Liberty in a free and democratic society does not require the state to approve such decisions but it does require the state to respect them.

A woman's decision to terminate her pregnancy falls within this class of protected decisions. It is one that will have profound psychological, economic and social consequences for her. It is a decision that deeply reflects the way the woman thinks about herself and her relationship to others and to society at large. It is not just a medical decision; it is a profound social and ethical one as well.

Section 251 of the *Criminal Code* takes a personal and private decision away from the woman and gives it to a committee which bases its decision on "criteria entirely unrelated to [the pregnant woman's] own priorities and aspirations".

Section 251 also deprives a pregnant woman of her right to security of the person under s. 7 of the *Charter*. This right protects both the physical and psychological integrity of the individual. Section 251 is more deeply flawed than just subjecting women to considerable emotional stress and unnecessary physical risk. It asserts that the woman's capacity to reproduce is to be subject, not to her own control, but to that of the state. This is a direct interference with the woman's physical "person".

This violation of s. 7 does not accord with either procedural fairness or with the fundamental rights and freedoms laid down elsewhere in the *Charter*. A deprivation of the s. 7 right which has the effect of infringing a right guaranteed elsewhere in the *Charter* cannot be in accordance with the principles of fundamental justice.

The deprivation of the s. 7 right in this case offends freedom of conscience guaranteed in s. 2(a) of the *Charter*. The decision whether or not to terminate a pregnancy is essentially a moral decision and in a free and democratic society the conscience of the individual must be paramount to that of the state. Indeed, s. 2(a) makes it clear that this freedom belongs to each of us individually. "Freedom of conscience and religion" should be broadly construed to extend to conscientiously-held beliefs, whether grounded in religion or in a secular morality and the terms "conscience" and "religion" should not be treated as tautologous if capable of independent, although related, meaning. The state here is endorsing one conscientiously-held view at the expense of another. It is denying freedom of conscience to some, treating them as means to an end, depriving them of their "essential humanity".

privée. La liberté, dans une société libre et démocratique, n'oblige pas l'État à approuver ces décisions, mais elle l'oblige cependant à les respecter.

La décision que prend une femme d'interrompre sa grossesse relève de cette catégorie de décisions protégées. Cette décision aura des conséquences psychologiques, économiques et sociales profondes pour la femme enceinte. C'est une décision qui reflète profondément l'opinion qu'une femme a d'elle-même, ses rapports avec les autres et avec la société en général. Ce n'est pas seulement une décision d'ordre médical; elle est aussi profondément d'ordre social et éthique.

L'article 251 du *Code criminel* enlève une décision personnelle et privée à la femme pour la confier à un comité qui fonde sa décision sur "des critères totalement sans rapport avec ses [celles de la femme enceinte] propres priorités et aspirations".

L'article 251 prive également une femme enceinte du droit à la «sécurité de sa personne» garanti par l'art. 7 de la *Charte*. Ce droit protège à la fois l'intégrité physique et psychologique de la personne. Le défaut de l'art. 251 est beaucoup plus profond qu'un simple assujettissement des femmes à une tension émotionnelle considérable et à un risque physique inutile. Il affirme que la capacité de reproduction de la femme ne doit pas être soumise à son propre contrôle, mais à celui de l'État. C'est aussi une atteinte directe à sa «personne» physique.

Cette violation du droit conféré par l'art. 7 n'est conforme ni à l'équité dans la procédure ni aux droits et libertés fondamentaux énoncés par ailleurs dans la *Charte*. Une atteinte au droit conféré par l'art. 7 qui a pour effet d'enfreindre un droit que garantit par ailleurs la *Charte* ne peut être conforme aux principes de justice fondamentale.

L'atteinte au droit conféré par l'art. 7 en l'espèce enfreint la liberté de conscience garantie par l'al. 2a) de la *Charte*. La décision d'interrompre ou non une grossesse est essentiellement une décision morale et, dans une société libre et démocratique, la conscience de l'individu doit primer sur celle de l'État. D'ailleurs l'al. 2a) dit clairement que cette liberté appartient à chacun de nous pris individuellement. La «liberté de conscience et de religion» devrait être interprétée largement et s'étendre aux croyances dictées par la conscience, qu'elles soient fondées sur la religion ou sur une morale laïque et les termes «conscience» et «religion» ne devraient pas être considérés comme tautologiques quand ils peuvent avoir un sens distinct, quoique relié. L'État épouse en l'espèce une opinion dictée par la conscience des uns aux dépens d'une autre. Il nie la liberté de conscience à certains, en les traitant comme un moyen pour une fin, en les privant de «l'essence de leur humanité».



The primary objective of the impugned legislation is the protection of the foetus. This is a perfectly valid legislative objective. It has other ancillary objectives, such as the protection of the life and health of the pregnant woman and the maintenance of proper medical standards.

The situation respecting a woman's right to control her own person becomes more complex when she becomes pregnant, and some statutory control may be appropriate. Section 1 of the *Charter* authorizes reasonable limits to be put upon the woman's right having regard to the fact of the developing foetus within her body.

The value to be placed on the foetus as potential life is directly related to the stage of its development during gestation. The undeveloped foetus starts out as a newly fertilized ovum; the fully developed foetus emerges ultimately as an infant. A developmental progression takes place between these two extremes and it has a direct bearing on the value of the foetus as potential life. Accordingly, the foetus should be viewed in differential and developmental terms. This view of the foetus supports a permissive approach to abortion in the early stages where the woman's autonomy would be absolute and a restrictive approach in the later stages where the states's interest in protecting the foetus would justify its prescribing conditions. The precise point in the development of the foetus at which the state's interest in its protection becomes "compelling" should be left to the informed judgment of the legislature which is in a position to receive submissions on the subject from all the relevant disciplines.

Section 251 of the *Criminal Code* cannot be saved under s. 1 of the *Charter*. It takes the decision away from the woman at all stages of her pregnancy and completely denies, as opposed to limits, her right under s. 7. Section 251 cannot meet the proportionality test; it is not sufficiently tailored to the objective; it does not impair the woman's right "as little as possible". Accordingly, even if s. 251 were to be amended to remedy the procedural defects in the legislative scheme, it would still not be constitutionally valid.

The question whether a foetus is covered by the word "everyone" in s. 7 so as to have an independent right to life under that section was not dealt with.

*Per McIntyre and La Forest JJ. (dissenting):* Save for the provisions of the *Criminal Code* permitting abortion where the life or health of the woman is at risk, no right of abortion can be found in Canadian law, custom or tradition and the *Charter*, including s. 7, does not create

L'objectif premier de la loi contestée est la protection du fœtus. C'est un objectif législatif parfaitement valide. Elle a d'autres objectifs secondaires, telle la protection de la vie et de la santé de la femme enceinte et le maintien de normes médicales appropriées.

La situation en ce qui a trait au droit d'une femme d'être maîtresse de sa propre personne se complique lorsqu'elle devient enceinte et qu'un certain contrôle de la loi peut être approprié. L'article premier de la *Charte* permet de fixer des limites raisonnables au droit de la femme compte tenu du fœtus qui se développe dans son corps.

La valeur attribuée au fœtus en tant que vie potentielle est directement reliée au stade de son développement au cours de la grossesse. Le fœtus au stade embryonnaire provient d'un ovule nouvellement fécondé; le fœtus totalement développé devient en définitive un nouveau-né. Le développement progresse entre ces deux extrêmes et il influe directement sur la valeur à attribuer au fœtus en tant que vie potentielle. On devrait donc considérer le fœtus en termes de développement et de phases. Cette conception du fœtus appuie une approche permissive de l'avortement dans les premiers stades de la grossesse, où l'autonomie de la femme serait absolue, et une approche restrictive dans les derniers stades, où l'intérêt qu'a l'État de protéger le fœtus justifierait l'imposition de conditions. Le point précis du développement du fœtus où l'intérêt qu'a l'État de le protéger devient "supérieur" relève du jugement éclairé du législateur, qui est en mesure de recevoir des avis à ce sujet de l'ensemble des disciplines pertinentes.

L'article 251 du *Code criminel* ne peut être sauvé par l'article premier de la *Charte*. Il enlève la décision à la femme à tous les stades de la grossesse et nie complètement au lieu de simplement limiter son droit garanti par l'art. 7. L'article 251 ne saurait répondre aux critères de la proportionnalité: il n'est pas suffisamment adapté à l'objectif et ne porte pas «le moins possible» atteinte au droit de la femme. Par conséquent, même si l'art. 251 devait être modifié pour remédier aux vices de procédure de la structure législative, il demeurerait inconstitutionnel.

La question de savoir si le terme «chacun», à l'art. 7, vise aussi le fœtus et lui confère un droit indépendant à la vie en vertu de cet article n'a pas été traitée.

*Les juges McIntyre et La Forest (dissidents):* À part les dispositions du *Code criminel* qui autorisent l'avortement lorsque la vie ou la santé de la femme est en danger, il n'existe aucun droit à l'avortement en droit canadien ou selon la coutume ou la tradition canadien-

such a right. Section 251 of the *Criminal Code* accordingly does not violate s. 7 of the *Charter*.

The power of judicial review of legislation, although given greater scope under the *Charter*, is not unlimited. The courts must confine themselves to such democratic values as are clearly expressed in the *Charter* and refrain from imposing or creating rights with no identifiable base in the *Charter*. The Court is not entitled to define a right in a manner unrelated to the interest that the right in question was meant to protect.

The infringement of a right such as the right to security of the person will occur only when legislation goes beyond interfering with priorities and aspirations and abridges rights included in or protected by the concept. The proposition that women enjoy a constitutional right to have an abortion is devoid of support in either the language, structure or history of the constitutional text, in constitutional tradition, or in the history, traditions or underlying philosophies of our society.

Historically, there has always been a clear recognition of a public interest in the protection of the unborn and there is no evidence or indication of general acceptance of the concept of abortion at will in our society. The interpretive approach to the *Charter* adopted by this Court affords no support for the entrenchment of a constitutional right of abortion.

As to the asserted right to be free from state interference with bodily integrity and serious state-imposed psychological stress, an invasion of the s. 7 right of security of the person, there would have to be more than state-imposed stress or strain. A breach of the right would have to be based upon an infringement of some interest which would be of such nature and such importance as to warrant constitutional protection. This would be limited to cases where the state-action complained of, in addition to imposing stress and strain, also infringed another right, freedom or interest which was deserving of protection under the concept of security of the person. Abortion is not such an interest. Even if a general right to have an abortion could be found under s. 7, the extent to which such right could be said to be infringed by the requirements of s. 251 of the *Code* was not clearly shown.

A defence created by Parliament could only be said to be illusory or practically so when the defence is not available in the circumstances in which it is held out as

nes, et la *Charte*, y compris l'art. 7, ne crée pas un tel droit. L'article 251 du *Code criminel* ne viole donc pas l'art. 7 de la *Charte*.

Le pouvoir d'exercer un contrôle judiciaire sur les lois, qui a pris de l'envergure aux termes de la *Charte*, n'est pas illimité. Les tribunaux doivent s'en tenir aux valeurs démocratiques qui sont clairement énoncées dans la *Charte* et s'abstenir d'imposer ou de créer des droits sans fondement identifiable dans la *Charte*. La Cour ne peut définir un droit d'une façon qui n'a aucun rapport avec l'intérêt que le droit en question est destiné à protéger.

L'atteinte à un droit comme le droit à la sécurité de la personne se produira seulement lorsque la loi va au-delà de l'ingérence dans les priorités et aspirations et restreint des droits compris et protégés par cette notion. La proposition selon laquelle les femmes jouissent d'un droit constitutionnel à l'avortement ne trouve aucun appui dans le texte, la structure ou l'historique du texte constitutionnel ni dans la tradition constitutionnelle ou l'histoire, les traditions et les philosophies sous-jacentes dans notre société.

Historiquement, l'existence d'un intérêt public dans la protection des enfants non encore nés a toujours été clairement reconnue et rien ne prouve ni n'indique que le concept de l'avortement à volonté soit généralement accepté dans notre société. La façon d'interpréter la *Charte* adoptée par cette Cour ne justifie aucunement l'enchéassement d'un droit constitutionnel à l'avortement.

Pour ce qui de la revendication d'un droit à la protection contre toute atteinte de l'État à l'intégrité physique et contre toute tension psychologique causée par l'État, une atteinte au droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7 nécessite plus que des tensions ou de l'angoisse causées par l'État. Une violation de ce droit doit dépendre d'une atteinte à un intérêt dont la nature et l'importance justifieraient une protection constitutionnelle. Cette violation se limite aux cas où l'action de l'État dont on se plaint a, en plus d'engendrer des tensions et de l'angoisse, porté également atteinte à un autre droit, à une autre liberté ou à un autre intérêt qui mérite d'être protégé selon le concept de la sécurité de la personne. L'avortement ne constitue pas un tel intérêt. Même s'il était possible de conclure à l'existence d'un droit général à l'avortement en vertu de l'art. 7, on n'a pas démontré clairement la mesure dans laquelle on pourrait dire que les exigences de l'art. 251 du *Code* peuvent porter atteinte à ce droit.

Un moyen de défense créé par le Parlement n'est illusoire ou pratiquement illusoire que lorsqu'on ne peut pas y recourir dans les circonstances où l'on a dit qu'il

being available. The very nature of the test assumes that Parliament is to define the defence and, in so doing, designate the terms upon which it may be available. The allegation of procedural unfairness is not supported by the claim that many women wanting abortions have been unable to get them in Canada because the failure of s. 251(4) to respond to this need. This machinery was considered adequate to deal with the type of abortion Parliament had envisaged. Any inefficiency in the administrative scheme is caused principally by forces external to the statute — the general demand for abortion irrespective of the provisions of s. 251. A court cannot strike down a statutory provision on this basis.

Section 605(1)(a), which gives the Crown a right of appeal against an acquittal in a trial court on any ground involving a question of law alone, does not offend ss. 7, 11(d), (f) and (h) of the *Charter*. The words of s. 11(h), “if finally acquitted” and “if finally found guilty”, must be construed to mean after the appellate procedures have been completed, otherwise there would be no point or meaning in the word “finally”.

Section 251 did not infringe the equality rights of women, abridge freedom of religion, or inflict cruel or unusual punishment. The section was not in pith and substance legislation for the protection of health and therefore within provincial competence but rather was validly enacted under the federal criminal law power. There was no merit to the arguments that s. 251 purported to give powers to therapeutic abortion committees exercised by county, district, and superior courts at the time of Confederation or that it delegated powers relating to criminal law to the provinces generally. No evidence supported the defence of necessity.

*Per Curiam*: In a trial before judge and jury, the judge's role is to state the law and the jury's role is to apply that law to the facts of the case. To encourage a jury to ignore a law it does not like could not only lead to gross inequities but could also irresponsibly disturb the balance of the criminal law system. It was quite simply wrong to say to the jury that if they did not like the law they need not enforce it. Such practice, if commonly adopted, would undermine and place at risk the whole jury system.

était possible de le faire. De par sa nature même, ce critère sous-entend que c'est au Parlement qu'il incombe de définir le moyen de défense et, ce faisant, de préciser les conditions à remplir pour pouvoir l'invoquer. L'allé-  
gation de l'inéquité dans la procédure n'est pas justifiée  
par la prétention qu'un bon nombre de femmes désireuses  
d'obtenir un avortement n'ont pas pu l'obtenir au  
Canada parce que le par. 251(4) ne répond pas à ce  
besoin. Ce mécanisme a été considéré comme suffisant  
pour traiter le type d'avortement envisagé par le Parle-  
ment. L'inefficacité du régime administratif est princi-  
palement due à des facteurs étrangers à la loi, savoir la  
demande générale d'avortements en dépit des disposi-  
tions de l'art. 251. Un tribunal ne peut, pour ce motif,  
invalider une disposition législative.

L'alinéa 605(1)a), qui habilite le ministère public à interjeter appel contre un verdict d'acquiescement prononcé en première instance pour tout motif comportant une question de droit seulement n'est pas contraire à l'art. 7 et aux al. 11d), f) et h) de la *Charte*. Les expressions «définitivement acquitté» et «définitivement déclaré coupable» employées à l'al. 11h) doivent s'interpréter comme signifiant après que toutes les procédures d'appel sont terminées, sinon le mot «définitivement» serait inutile ou dénué de tout sens.

L'article 251 du *Code criminel* ne porte pas atteinte aux droits des femmes à l'égalité, ni à la liberté de religion et n'inflige pas non plus une peine cruelle et inusitée. L'article ne vise pas, de par son caractère véritable, la santé, relèvent donc de la compétence provinciale, mais il a été validement adopté en vertu de la compétence fédérale en matière criminelle. Les arguments voulant que l'art. 251 ait pour effet d'investir les comités de l'avortement thérapeutique de pouvoirs exercés, à l'époque de la Confédération, par les cours de comté et de district et les cours supérieures et qu'il délègue aux provinces en général des pouvoirs en matière de droit criminel sont mal fondés. Aucun élément de preuve ne justifie le moyen de défense de nécessité.

*La Cour*: Au cours d'un procès devant juge et jury, le rôle du juge est d'énoncer les règles de droit, et le rôle du jury de l'appliquer aux faits de l'espèce. Encourager le jury à ignorer une règle de droit qu'il n'aime pas pourrait non seulement entraîner de graves inéquités, mais pourrait aussi perturber de façon irresponsable l'équilibre du système de justice criminelle. Il était absolument erroné de dire au jury que, s'il n'aime pas la règle de droit, il n'a pas besoin de l'appliquer. Une telle pratique, communément adoptée, minerait et mettrait en danger tout le système des procès par jury.

## Cases Cited

By Dickson C.J.

**Referred to:** *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Paton v. United Kingdom* (1980), 3 E.H.R.R.; *The Abortion Decision of the Federal Constitutional Court — First Senate — of the Federal Republic of Germany*, February 25, 1975, translated and reprinted in (1976), 9 John Marshall J. Prac. and Proc. 605; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *R. v. Caddedu* (1982), 40 O.R. (2d) 128; *R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Joshua v. The Queen*, [1955] A.C. 121; *R. v. Shipley* (1784), 4 Dougl. 73, 99 E.R. 774; *United States v. Dougherty*, 473 F.2d 1113 (1972).

By Beetz J.

**Considered:** *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *United States v. Vuitch*, 402 U.S. 62 (1971); **referred to:** *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Collin v. Lussier*, [1983] 1 F.C. 218, rev'd [1985] 1 F.C. 124; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112; *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802.

By Wilson J.

**Referred to:** *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925); *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972); *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973); *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983); *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 106 S. Ct. 2169 (1986); *Mills v. The Queen*, [1986] 1

## Jurisprudence

Citée par le juge en chef Dickson

**Arrêts mentionnés:** *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Paton c. Royaume-Uni* (1980), 3 E.H.R.R.; *The Abortion Decision of the Federal Constitutional Court — First Senate — of the Federal Republic of Germany*, February 25, 1975, traduit en anglais et réédité à (1976), 9 John Marshall J. Prac. and Proc. 605; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *R. v. Caddedu* (1982), 40 O.R. (2d) 128; *R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Joshua v. The Queen*, [1955] A.C. 121; *R. v. Shipley* (1784), 4 Dougl. 73, 99 E.R. 774; *United States v. Dougherty*, 473 F.2d 1113 (1972).

Citée par le juge Beetz

**Arrêts examinés:** *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *United States v. Vuitch*, 402 U.S. 62 (1971); **arrêts mentionnés:** *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Collin c. Lussier*, [1985] 1 C.F. 124, infirmant [1983] 1 C.F. 218; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112; *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802.

Citée par le juge Wilson

**Arrêts mentionnés:** *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925); *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972); *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973); *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983); *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 106 S. Ct. 2169 (1986); *Mills*

S.C.R. 863; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309.

By McIntyre J. (dissenting)

*Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *Ferguson v. Skrupka*, 372 U.S. 726 (1963); *New Orleans v. Dukes*, 427 U.S. 297 (1976); *Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co.*, 449 U.S. 456 (1981); *Hoffman Estates v. The Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982); *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Reference Re Public Service Employee Relations Act*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Re Peralta and The Queen in Right of Ontario* (1985), 49 O.R. (2d) 705; *Harrison v. University of British Columbia*, [1986] 6 W.W.R. 7.

#### Statutes and Regulations Cited

*Abortion Act*, 1967, 1967, c. 87, s. 1(1)(a) (U.K.)  
*Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III, s. 1(a), (b).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(a), (d), 7, 11(b), (d), (f), (h), 12, 15, 24(1), 27, 28.  
*Civil Code of Lower Canada*, art. 19.  
*Code de la santé publique*, art. 162-1, 162-12 (France).  
*Code pénal*, art. 317 (France).  
*Code pénal suisse*, art. 120(1).  
*Constitution Act, 1867*, ss. 91(27), 92(7), 96.  
*Constitution Act, 1982*, Preamble, s. 52(1).  
*Crimes Act 1961*, as amended by the *Crimes Amendment Act 1977* and the *Crimes Amendment Act 1978*, s. 187A(1)(a), (4) (New Zealand).  
*Criminal Code*, as amended by the *Fifteenth Criminal Law Amendment Act* (1976), ss. 218a(1), 219 (Federal Republic of Germany).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 251(1), (2), (3)(a), (b), (c), (4)(a), (b), (c), (d), (5)(a), (b), (6), (7), 423(1)(d), 605(1)(a), 610(3).  
*Criminal Law Amendment Act, 1968-69*, S.C. 1968-69, c. 38, s. 18.  
*Criminal Law Consolidation Act, 1935-1975*, s. 82a(1)(a) (South Australia).  
*Criminal Law Consolidation Act and Ordinance*, s. 79 A(3)(a) (Australian Northern Territory).  
O. Reg. 248/70, now R.R.O. 1980, Reg. 865, under *The Public Hospitals Act*, R.S.O. 1960, c. 322.  
*Penal Law, 5737-1977* (as amended), ss. 315, 316(a)(4) (Israel).  
*United States Constitution*, 14th and 15th Amendments.

*c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309.

a Citée par le juge McIntyre (dissident)

*Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *Ferguson v. Skrupka*, 372 U.S. 726 (1963); *New Orleans v. Dukes*, 427 U.S. 297 (1976); *Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co.*, 449 U.S. 456 (1981); *Hoffman Estates v. The Flipside Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Re Peralta and The Queen in Right of Ontario* (1985), 49 O.R. (2d) 705; *Harrison v. University of British Columbia*, [1986] 6 W.W.R. 7.

d Lois et règlements cités

*Abortion Act*, 1967, 1967, chap. 87, art. 1(1)a (R.-U.)  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2a), d), 7, 11b), d), f), h), 12, 15, 24(1), 27, 28.  
*Code civil du Bas-Canada*, art. 19.  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 251(1), (2), (3)a), b), c), (4)a), b), c), d), (5)a), b), (6), (7), 423(1)d), 605(1)a), 610(3).  
*Code de la santé publique*, art. 162-1, 162-12 (France).  
*Code pénal*, art. 317 (France).  
*Code pénal suisse*, art. 120(1).  
*Constitution des États-Unis*, 14<sup>e</sup> et 15<sup>e</sup> amendements.  
*Crimes Act 1961*, modifiée par la *Crimes Amendment Act 1977* et la *Crimes Amendment Act 1978*, art. 187A(1)a), (4) (Nouvelle-Zélande).  
*Criminal Code*, modifié par la *Fifteenth Criminal Law Amendment Act* (1976), art. 218a(1), 219 (République fédérale de l'Allemagne).  
*Criminal Law Consolidation Act, 1935-1975*, art. 82a(1)a) (Australie-Méridionale).  
*Criminal Law Consolidation Act and Ordinance*, art. 79 A(3)a) (Territoire du Nord de l'Australie).  
*Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III, art. 1a), b).  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(27), 92(7), 96.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, préambule, art. 52(1).  
*Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, S.C. 1968-69, chap. 38, art. 18.  
O. Reg. 248/70, maintenant R.R.O. 1980, Reg. 865, en vertu de *The Public Hospitals Act*, R.S.O. 1960, chap. 322.  
*Penal Law, 5737-1977* (modifiée), art. 315, 316a)(4) (Israël).

## Authors Cited

- Burrows, Noreen. "International Law and Human Rights: the Case of Women's Rights". In Tom Campbell, et al., eds., *Human Rights: From Rhetoric to Reality*. Oxford: Basil Blackwell, 1986.
- Canada. Department of Justice. *Report of the Committee on the Operation of the Abortion Law* (Badgley Report). Ottawa: Minister of Supply and Services, 1977.
- Canada. Law Reform Commission. Fetal Status Working Group Protection of Life Project. *Options for Abortion Policy Reform: A Consultation Document*. Ottawa: (unpublished), 1986.
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 27. *The Jury in Criminal Trials*. Ottawa: Law Reform Commission, 1980.
- Canada. Statistics Canada. *Basic Facts on Therapeutic Abortions, Canada: 1982*. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1983.
- Canada. Statistics Canada. *Therapeutic abortions, 1982*. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1984.
- Canada. Statistics Canada. *Therapeutic abortions, 1985*. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1986.
- Cates, Willard, Jr. and David A. Grimes. "Deaths from Second Trimester Abortion by Dilatation and Evacuation: Causes, Prevention, Facilities" (1981), 58 *Obstetrics and Gynecology* 401.
- Cook, Rebecca J. and Bernard M. Dickens. *Abortion Laws in Commonwealth Countries*. Granchamp, France: World Health Organization, 1979.
- Cook, Rebecca J. and Bernard M. Dickens. *Emerging Issues in Commonwealth Abortion Laws, 1982*. London: Commonwealth Secretariat, 1983.
- Garant, Patrice. "Fundamental Freedoms and Natural Justice." In *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*. Edited by Walter S. Tarnopolsky and Gerald-A. Beaudoin. Toronto: Carswells, 1982.
- Isaacs, Natalie Fochs. "Abortion and the Just Society" (1970), 5 *R.J.T* 27.
- Isaacs, Stephen L. "Reproductive Rights 1983: An International Survey" (1982-83), 14 *Columbia Human Rights Law Rev.* 311.
- Joad, C. E. M. *Guide to the Philosophy of Morals and Politics*. London: Victor Gollancz Ltd., 1938.
- MacCormick, Neil. *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1982.
- Macdonald, R. "Procedural Due Process in Canadian Constitutional Law", 39 *U. Fla. L. Rev.* 217 (1987).
- Ontario. Ministry of Health. *Report on Therapeutic Abortion Services in Ontario* (Powell Report). Toronto: Ministry of Health, 1987.
- Organization of American States. Inter-American Specialized Conference on Human Rights. "American

## Doctrines citées

- Burrows, Noreen. «International Law and Human Rights: the Case of Women's Rights». In Tom Campbell, et al., eds., *Human Rights: From Rhetoric to Reality*. Oxford: Basil Blackwell, 1986.
- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 27. *Le jury en droit pénal*. Ottawa: Commission de réforme du droit, 1980.
- Canada. Commission de réforme du droit. Groupe de travail sur le statut juridique du fœtus. *La réforme en matière d'avortement: les solutions possibles*. Ottawa: (inédit), 1986.
- Canada. Ministère de la Justice. *Rapport du Comité sur l'application des dispositions législatives sur l'avortement* (le rapport Badgley). Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services, 1977.
- Canada. Statistique Canada. *Avortements thérapeutiques, 1982*. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services, 1984.
- Canada. Statistique Canada. *Avortements thérapeutiques, 1985*. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services, 1986.
- Canada. Statistique Canada. *Principales statistiques sur les avortements thérapeutiques, Canada: 1982*. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services, 1983.
- Cates, Willard, Jr. and David A. Grimes. «Deaths from Second Trimester Abortion by Dilatation and Evacuation: Causes, Prevention, Facilities» (1981), 58 *Obstetrics and Gynecology* 401.
- Cook, Rebecca J. and Bernard M. Dickens. *Emerging Issues in Commonwealth Abortion Laws, 1982*. London: Commonwealth Secretariat, 1983.
- Cook, Rebecca J. et Bernard M. Dickens. *La législation de l'avortement dans les pays du Commonwealth*. Granchamp, France: Organisation mondiale de la santé, 1979.
- Garant, Patrice. "Libertés fondamentales et justice naturelle (article 7)". Dans *Charte canadienne des droits et libertés*. Édité par Walter S. Tarnopolsky et Gerald-A. Beaudoin. Montréal: Wilson & Lafleur/Sorej, 1982.
- Isaacs, Natalie Fochs. "Abortion and the Just Society" (1970), 5 *R.J.T* 27.
- Isaacs, Stephen L. «Reproductive Rights 1983: An International Survey» (1982-83), 14 *Columbia Human Rights Law Rev.* 311.
- Joad, C. E. M. *Guide to the Philosophy of Morals and Politics*. London: Victor Gollancz Ltd., 1938.
- MacCormick, Neil. *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1982.
- Macdonald, R. «Procedural Due Process in Canadian Constitutional Law», 39 *U. Fla. L. Rev.* 217 (1987).
- Ontario. Ministry of Health. *Report on Therapeutic Abortion Services in Ontario* (Powell Report). Toronto: Ministry of Health, 1987.
- Organization of American States. Inter-American Specialized Conference on Human Rights. "American

Convention on Human Rights," Doc. 65 (English) Rev. 1 Corr. 2, January 7, 1970. Original: Spanish. OAS Official Records, OEA/Ser.K/xvl/1.1 (English).  
 Sumner, L. W. *Abortion and Moral Theory*. Princeton: Princeton University Press, 1981.  
 Tribe, Lawrence H. *American Constitutional Law*. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1978.  
 Tyler, Carl W., Jr. et al. "Second Trimester Induced Abortion in the United States", in Garry S. Berger, William F. Brenner and Louis Keith, eds., *Second-Trimester Abortion: Perspectives After a Decade of Experience*. Boston: PSG Pub. Co., 1981.  
 Whyte, John D. "Fundamental Justice: The Scope and Application of Section 7 of the Charter" (1983), 13 *Man L.J.* 455.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1985), 52 O.R. (2d) 353, 22 D.L.R. (4th) 641, 22 C.C.C. (3d) 353, 48 C.R. (3d) 1, 17 C.R.R. 223, setting aside an acquittal found by Parker A.C.J.H.C. sitting with jury (1984), 47 O.R. (2d) 353, 12 D.L.R. (4th) 502, 14 C.C.C. (3d) 258, 41 C.R. (3d) 193, 11 C.R.R. 116. Appeal allowed and acquittals restored, McIntyre and La Forest JJ. dissenting. The first constitutional question should be answered in the affirmative as regards s. 7 and the second in the negative as regards s. 7. The third, fourth and fifth constitutional questions should be answered in the negative. The sixth constitutional question should be answered in the negative with respect to s. 605 of the *Criminal Code* and should not be answered as regards s. 610(3). The seventh constitutional question should not be answered.

*Morris Manning, Q.C., and Paul B. Schabas, for the appellants.*

*Bonnie J. Wien and W. James Blacklock, for the respondent.*

*Edward R. Sojonky, Q.C., and Marilyn Doering Steffen, for the intervener.*

*Abortion Services in Ontario (Powell Report)*. Toronto: Ministry of Health, 1987.  
 Organization of American States. Inter-American Specialized Conference on Human Rights. "American Convention on Human Rights," Doc. 65 (English) Rev. 1 Corr. 2, January 7, 1970. Original: Spanish. OAS Official Records, OEA/Ser.K/xvl/1.1 (English).  
 Sumner, L. W. *Abortion and Moral Theory*. Princeton: Princeton University Press, 1981.  
 Tribe, Lawrence H. *American Constitutional Law*. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1978.  
 Tyler, Carl W., Jr. et al. "Second Trimester Induced Abortion in the United States", in Garry S. Berger, William F. Brenner and Louis Keith, eds., *Second-Trimester Abortion: Perspectives After a Decade of Experience*. Boston: PSG Pub. Co., 1981.  
 Whyte, John D. "Fundamental Justice: The Scope and Application of Section 7 of the Charter" (1983), 13 *Man. L.J.* 455.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1985), 52 O.R. (2d) 353, 22 D.L.R. (4th) 641, 22 C.C.C. (3d) 353, 48 C.R. (3d) 1, 17 C.R.R. 223, qui a infirmé un acquittement prononcé par le juge en chef adjoint Parker de la Haute Cour siégeant avec jury (1984), 47 O.R. (2d) 353, 12 D.L.R. (4th) 502, 14 C.C.C. (3d) 258, 41 C.R. (3d) 193, 11 C.R.R. 116. Le pourvoi est accueilli et les acquittements sont rétablis; les juges McIntyre et La Forest sont dissidents. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative en ce qui concerne l'art. 7 et la deuxième question une réponse négative en ce qui concerne l'art. 7. Les troisième, quatrième et cinquième questions reçoivent une réponse négative. La sixième question reçoit une réponse négative en ce qui concerne l'art. 605 du *Code criminel* et aucune réponse en ce qui concerne l'art. 610(3). Il n'est pas nécessaire de répondre à la septième question.

*Morris Manning, c.r., et Paul B. Schabas, pour les appelants.*

*Bonnie J. Wien et W. James Blacklock, pour l'intimée.*

*Edward R. Sojonky, c.r., et Marilyn Doering Steffen, pour l'intervenant.*

The judgment of Dickson C.J. and Lamer J. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The principal issue raised by this appeal is whether the abortion provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, infringe the “right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice” as formulated in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellants, Dr. Henry Morgentaler, Dr. Leslie Frank Smoling and Dr. Robert Scott, have raised thirteen distinct grounds of appeal. During oral submissions, however, it became apparent that the primary focus of the case was upon the s. 7 argument. It is submitted by the appellants that s. 251 of the *Criminal Code* contravenes s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that s. 251 should be struck down. Counsel for the Crown admitted during the course of her submissions that s. 7 of the *Charter* was indeed “the key” to the entire appeal. As for the remaining grounds of appeal, only a few brief comments are necessary. First of all, I agree with the disposition made by the Court of Appeal of the non-*Charter* issues, many of which have already been adequately dealt with in earlier cases by this Court. I am also of the view that the arguments concerning the alleged invalidity of s. 605 under ss. 7 and 11 of the *Charter* are unfounded. In view of my resolution of the s. 7 issue, it will not be necessary for me to address the appellants’ other *Charter* arguments and I expressly refrain from commenting upon their merits.

During argument before this Court, counsel for the Crown emphasized repeatedly that it is not the role of the judiciary in Canada to evaluate the wisdom of legislation enacted by our democratically elected representatives, or to second-guess difficult policy choices that confront all governments. In *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616, at p. 671, [hereinafter “*Morgentaler (1975)*”] I stressed that the Court had “not been called upon to decide, or even to enter, the loud and continuous public debate on abortion.” Eleven years later, the controversy persists, and it remains

Version française du jugement du juge en chef Dickson et du juge Lamer rendu par

LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi vise principalement à déterminer si les dispositions du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, sur l’avortement enfreignent le «droit [de chacun] à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne», vu qu’il ne peut être porté atteinte à ce droit qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale», selon la formulation de l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les appelants, le D<sup>r</sup> Henry Morgentaler, le D<sup>r</sup> Leslie Frank Smoling et le D<sup>r</sup> Robert Scott, font valoir treize moyens distincts de pourvoi. Au cours des plaidoiries cependant, il est devenu apparent que le litige portait surtout sur l’argument tiré de l’art. 7. Les appelants soutiennent que l’art. 251 du *Code criminel*, contrevient à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu’il doit être invalidé. Le substitut du procureur général a reconnu, au cours de sa plaidoirie, que l’art. 7 de la *Charte* était bel et bien «la clé» de tout le pourvoi. Quant aux moyens d’appel restant, il me suffit de faire un bref commentaire. Premièrement, je suis d’accord avec les solutions apportées par la Cour d’appel aux questions en litige ne relevant pas de la *Charte* dont plusieurs ont déjà fait l’objet de décisions de cette Cour. Je suis également d’avis que les arguments relatifs à la prétendue invalidité de l’art. 605 en vertu des art. 7 et 11 de la *Charte* sont mal fondés. Vu la solution que j’apporte à la question soulevée par l’art. 7, il ne me sera pas nécessaire de statuer sur les autres arguments des appelants relatifs à la *Charte* et je m’abstiens donc expressément de me prononcer sur leur fondement.

Au cours des plaidoiries devant nous, le substitut du procureur général a rappelé à plusieurs reprises que le pouvoir judiciaire au Canada n’a pas comme rôle d’évaluer la sagesse des lois édictées par nos députés élus démocratiquement, ni de réinterpréter les choix difficiles de politique auxquels tous les gouvernements sont confrontés. Dans l’arrêt *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, à la p. 671, [ci-après l’arrêt «*Morgentaler (1975)*»] j’ai souligné que la Cour “n’est pas appelée à trancher, ni même à aborder, le débat public animé et constant sur l’avortement”. Onze



true that this Court cannot presume to resolve all of the competing claims advanced in vigorous and healthy public debate. Courts and legislators in other democratic societies have reached completely contradictory decisions when asked to weigh the competing values relevant to the abortion question. See, e.g., *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Paton v. United Kingdom* (1980), 3 E.H.R.R. (European Court of Human Rights); *The Abortion Decision of the Federal Constitutional Court — First Senate — of the Federal Republic of Germany*, February 25, 1975, translated and reprinted in (1976), 9 John Marshall J. Prac. and Proc. 605; and the *Abortion Act, 1967, 1967, c. 87* (U.K.)

But since 1975, and the first *Morgentaler* decision, the Court has been given added responsibilities. I stated in *Morgentaler* (1975), at p. 671, that:

The values we must accept for the purposes of this appeal are those expressed by Parliament which holds the view that the desire of a woman to be relieved of her pregnancy is not, of itself, justification for performing an abortion.

Although no doubt it is still fair to say that courts are not the appropriate forum for articulating complex and controversial programmes of public policy, Canadian courts are now charged with the crucial obligation of ensuring that the legislative initiatives pursued by our Parliament and legislatures conform to the democratic values expressed in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As Justice McIntyre states in his reasons for judgment, at p. 138, "the task of the Court in this case is not to solve nor seek to solve what might be called the abortion issue, but simply to measure the content of s. 251 against the *Charter*." It is in this latter sense that the current *Morgentaler* appeal differs from the one we heard a decade ago.

I

The Court stated the following constitutional questions:

ans plus tard, la controverse fait toujours rage et il est tout aussi vrai que la Cour ne saurait prétendre concilier toutes les allégations contradictoires avancées dans le vigoureux et sain débat public ainsi suscité. Tant les tribunaux que les législateurs, dans d'autres sociétés démocratiques, sont arrivés à des décisions entièrement contradictoires lorsqu'il leur a été demandé de soupeser les valeurs que la question de l'avortement oppose. Voir, p. ex., l'arrêt *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); l'arrêt *Paton c. Royaume-Uni* (1980), 3 E.H.R.R. (Cour européenne des droits de l'homme); *The Abortion Decision of the Federal Constitutional Court — First Senate — of the Federal Republic of Germany*, 25 février 1975, traduit en anglais et réédité dans (1976), 9 John Marshall J. Prac. and Proc. 605; et l'*Abortion Act, 1967, 1967, chap. 87* (R.-U.)

Mais depuis 1975, et le premier arrêt *Morgentaler*, la Cour s'est vue confier des responsabilités additionnelles. Je disais dans l'arrêt *Morgentaler* (1975), à la p. 671:

Les valeurs que nous devons accepter aux fins du pourvoi sont celles qu'a proclamées le Parlement, qui s'entient à l'opinion que le désir d'une femme d'être soulagée de sa grossesse ne justifie pas en soi l'avortement.

Quoiqu'on puisse toujours sans aucun doute affirmer que les tribunaux ne sont pas le lieu où doivent s'élaborer les politiques générales complexes et controversées, les tribunaux canadiens se voient néanmoins confier aujourd'hui l'obligation cruciale de veiller à ce que les initiatives législatives de notre Parlement et de nos législatures se conforment aux valeurs démocratiques qu'exprime la *Charte canadienne des droits et libertés*. Comme le dit le juge McIntyre dans ses motifs, à la p. 138 "notre tâche en l'espèce consiste non pas à résoudre ni à tenter de résoudre ce qu'on pourrait appeler la question de l'avortement, mais simplement à examiner le contenu de l'art. 251 en fonction de la *Charte*." C'est en ce dernier sens que le présent pourvoi diffère de celui dont nous étions saisis voici une décennie.

I

La Cour a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(a), 7, 12, 15, 27 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
- a 2. If section 251 of the *Criminal Code* of Canada infringes or denies the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(a), 7, 12, 15, 27 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is s. 251 justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?
- b 3. Is section 251 of the *Criminal Code* of Canada *ultra vires* the Parliament of Canada?
- c 4. Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada violate s. 96 of the *Constitution Act, 1867*?
- d 5. Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada unlawfully delegate federal criminal power to provincial Ministers of Health or Therapeutic Abortion Committees, and in doing so, has the Federal Government abdicated its authority in this area?
- e 6. Do sections 605 and 610(3) of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 11(d), 11(f), 11(h) and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
- f 7. If sections 605 and 610(3) of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 11(d), 11(f), 11(h) and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are ss. 605 and 610(3) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

The Attorney General of Canada intervened to support the respondent Crown.

## II

### Relevant Statutory and Constitutional Provisions

#### *Criminal Code*

**251.** (1) Every one who, with intent to procure the miscarriage of a female person, whether or not she is pregnant, uses any means for the purpose of carrying out his intention is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

(2) Every female person who, being pregnant, with intent to procure her own miscarriage, uses any means or permits any means to be used for the purpose of carrying out her intention is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years.

(3) In this section, "means" includes

1. L'article 251 du *Code criminel* du Canada porte-t-il atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'al. 2a) et les art. 7, 12, 15, 27 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- a 2. Si l'article 251 du *Code criminel* du Canada porte atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'al. 2a) et les art. 7, 12, 15, 27 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?
- b 3. L'article 251 du *Code criminel* du Canada excède-t-il les pouvoirs du Parlement du Canada?
- c 4. L'article 251 du *Code criminel* du Canada viole-t-il l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
- d 5. L'article 251 du *Code criminel* du Canada délègue-t-il illégalement la compétence fédérale en matière criminelle aux ministres de la Santé provinciaux ou aux comités de l'avortement thérapeutique et, ce faisant, le gouvernement fédéral a-t-il abdiqué son autorité dans ce domaine?
- e 6. L'article 605 et le par. 610(3) du *Code criminel* du Canada portent-ils atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'art. 7, les al. 11d), 11f), 11h) et le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- f 7. Si l'article 605 et le par. 610(3) du *Code criminel* du Canada portent atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'art. 7, les al. 11d), 11f), 11h) et le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, 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 procureur général du Canada est intervenu en faveur du ministère public intimé.

## II

### Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

#### *Code criminel*

**251.** (1) Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, quiconque, avec l'intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin, qu'elle soit enceinte ou non, emploie quelque moyen pour réaliser son intention.

(2) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, toute personne du sexe féminin qui, étant enceinte, avec l'intention d'obtenir son propre avortement, emploie, ou permet que soit employé quelque moyen pour réaliser son intention.

(3) Au présent article, l'expression «moyen» comprend

(a) the administration of a drug or other noxious thing,

(b) the use of an instrument, and

(c) manipulation of any kind.

(4) Subsections (1) and (2) do not apply to

(a) a qualified medical practitioner, other than a member of a therapeutic abortion committee for any hospital, who in good faith uses in an accredited or approved hospital any means for the purpose of carrying out his intention to procure the miscarriage of a female person, or

(b) a female person who, being pregnant, permits a qualified medical practitioner to use in an accredited or approved hospital any means described in paragraph (a) for the purpose of carrying out her intention to procure her own miscarriage,

if, before the use of those means, the therapeutic abortion committee for that accredited or approved hospital, by a majority of the members of the committee and at a meeting of the committee at which the case of such female person has been reviewed,

(c) has by certificate in writing stated that in its opinion the continuation of the pregnancy of such female person would or would be likely to endanger her life or health, and

(d) has caused a copy of such certificate to be given to the qualified medical practitioner.

(5) The Minister of Health of a province may by order

(a) require a therapeutic abortion committee for any hospital in that province, or any member thereof, to furnish to him a copy of any certificate described in paragraph (4)(c) issued, by that committee, together with such other information relating to the circumstances surrounding the issue of that certificate as he may require, or

(b) require a medical practitioner who, in that province, has procured the miscarriage of any female person named in a certificate described in paragraph (4)(c), to furnish to him a copy of that certificate, together with such other information relating to the procuring of the miscarriage as he may require.

(6) For the purposes of subsections (4) and (5) and this subsection

“accredited hospital” means a hospital accredited by the Canadian Council on Hospital Accreditation

a) l'administration d'une drogue ou autre substance délétère,

b) l'emploi d'un instrument, et

c) toute manipulation.

a (4) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent pas

a) à un médecin qualifié, autre qu'un membre d'un comité de l'avortement thérapeutique de quelque hôpital, qui emploie de bonne foi, dans un hôpital accrédité ou approuvé, quelque moyen pour réaliser son intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin, ou

b) à une personne du sexe féminin qui, étant enceinte, permet à un médecin qualifié d'employer, dans un hôpital accrédité ou approuvé, quelque moyen mentionné à l'alinéa a) aux fins de réaliser son intention d'obtenir son propre avortement,

si, avant que ces moyens ne soient employés, le comité de l'avortement thérapeutique de cet hôpital accrédité ou approuvé, par décision de la majorité des membres du comité et lors d'une réunion du comité au cours de laquelle le cas de cette personne du sexe féminin a été examiné,

c) a déclaré par certificat qu'à son avis la continuation de la grossesse de cette personne du sexe féminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière, et

d) a fait remettre une copie de ce certificat au médecin qualifié.

(5) Le ministre de la Santé d'une province peut, par ordonnance,

a) requérir un comité de l'avortement thérapeutique de quelque hôpital, dans cette province, ou un membre de ce comité, de lui fournir une copie d'un certificat mentionné à l'alinéa (4)c) émis par ce comité, ainsi que les autres renseignements qu'il peut exiger au sujet des circonstances entourant l'émission de ce certificat, ou

b) requérir un médecin qui, dans cette province, a procuré l'avortement d'une personne de sexe féminin nommée dans un certificat mentionné à l'alinéa (4)c), de lui fournir une copie de ce certificat, ainsi que les autres renseignements qu'il peut exiger au sujet de l'obtention de l'avortement.

(6) Aux fins des paragraphes (4) et (5) et du présent paragraphe,

«comité de l'avortement thérapeutique» d'un hôpital désigne un comité formé d'au moins trois membres qui sont tous des médecins qualifiés, nommé par le conseil de cet hôpital pour examiner et

1988 CanLII 90 (SCC)

in which diagnostic services and medical, surgical and obstetrical treatment are provided;

“approved hospital” means a hospital in a province approved for the purposes of this section by the Minister of Health of that province;

“board” means the board of governors, management or directors, or the trustees, commission or other person or group of persons having the control and management of an accredited or approved hospital;

“Minister of Health” means

(a) in the Provinces of Ontario, Quebec, New Brunswick, Manitoba, Newfoundland and Prince Edward Island, the Minister of Health,

(a.1) in the Province of Alberta, the Minister of Hospitals and Medical Care,

(b) in the Province of British Columbia, the Minister of Health Services and Hospital Insurance,

(c) in the Provinces of Nova Scotia and Saskatchewan, the Minister of Public Health, and

(d) in the Yukon Territory and the Northwest Territories, the Minister of National Health and Welfare;

“qualified medical practitioner” means a person entitled to engage in the practice of medicine under the laws of the province in which the hospital referred to in subsection (4) is situated;

“therapeutic abortion committee” for any hospital means a committee, comprised of not less than three members each of whom is a qualified medical practitioner, appointed by the board of that hospital for the purpose of considering and determining questions relating to terminations of pregnancy within that hospital.

(7) Nothing in subsection (4) shall be construed as making unnecessary the obtaining of any authorization or consent that is or may be required, otherwise than under this Act, before any means are used for the purpose of carrying out an intention to procure the miscarriage of a female person.

### *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject

décider les questions relatives aux arrêts de grossesse dans cet hôpital;

«conseil» désigne le conseil des gouverneurs, le conseil de direction ou le conseil d'administration ou les *trustees*, la commission ou une autre personne ou un autre groupe de personnes ayant le contrôle et la direction d'un hôpital accrédité ou approuvé;

«hôpital accrédité» désigne un hôpital accrédité par le Conseil canadien d'accréditation des hôpitaux, dans lequel sont fournis des services de diagnostic et des traitements médicaux, chirurgicaux et obstétricaux;

«hôpital approuvé» désigne un hôpital approuvé aux fins du présent article par le ministre de la Santé de la province où il se trouve;

«médecin qualifié» désigne une personne qui a le droit d'exercer la médecine en vertu des lois de la province dans laquelle est situé l'hôpital mentionné au paragraphe (4);

«ministre de la Santé» désigne

a) dans la province d'Ontario, de Québec, du Nouveau-Brunswick, du Manitoba, de Terre-Neuve et de l'Île-du-Prince-Édouard, le ministre de la Santé;

a.1) dans la province d'Alberta, le ministre de la Santé (hôpitaux et assurance-maladie);

b) dans la province de Colombie-Britannique, le ministre des Services de santé et de l'assurance-hospitalisation,

c) dans les provinces de Nouvelle-Écosse et de Saskatchewan, le ministre de la Santé publique, et,

d) dans le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest, le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social.

(7) Rien au paragraphe (4) ne doit s'interpréter de manière à faire disparaître la nécessité d'obtenir une autorisation ou un consentement qui est ou peut être requis, autrement qu'en vertu de la présente loi, avant l'emploi de moyens destinés à réaliser une intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin.

### *La Charte canadienne des droits et libertés*

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

only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

### III

#### Procedural History

The three appellants are all duly qualified medical practitioners who together set up a clinic in Toronto to perform abortions upon women who had not obtained a certificate from a therapeutic abortion committee of an accredited or approved hospital as required by s. 251(4). The doctors had made public statements questioning the wisdom of the abortion laws in Canada and asserting that a woman has an unfettered right to choose whether or not an abortion is appropriate in her individual circumstances.

Indictments were preferred against the appellants charging that they conspired with each other between November 1982 and July 1983 with intent to procure the miscarriage of female persons, using an induced suction technique to carry out that intent, contrary to s. 423(1)(d) and s. 251(1) of the *Criminal Code*.

Counsel for the appellants moved to quash the indictment or to stay the proceedings before pleas were entered on the grounds that s. 251 of the *Criminal Code* was *ultra vires* the Parliament of Canada, infringed ss. 2(a), 7 and 12 of the *Charter*, and was inconsistent with s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*. The trial judge, Parker A.C.J.H.C., dismissed the motion, and an appeal to the Ontario Court of Appeal was dismissed. The trial proceeded before Parker A.C.J.H.C. and a jury, and the three accused were acquitted. The Crown appealed the acquittal to the Court of

être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

### III

#### La procédure

Les trois appelants sont des médecins dûment qualifiés; ensemble, ils ont ouvert une clinique, à Toronto, pour pratiquer des avortements sur des femmes qui n'avaient pas obtenu le certificat du comité de l'avortement thérapeutique d'un hôpital accrédité ou approuvé requis par le par. 251(4). Les médecins ont fait des déclarations publiques dans lesquelles ils ont mis en doute la sagesse de la législation canadienne sur l'avortement et ont affirmé qu'une femme a le droit souverain de décider si un avortement s'impose ou non dans sa situation personnelle.

Des actes d'accusation en bonne et due forme inculpent les appelants d'avoir comploté, les uns avec les autres, entre novembre 1982 et juillet 1983, avec l'intention de provoquer l'avortement de personnes du sexe féminin, en employant la technique de l'aspiration pour réaliser cette intention, infractions prévues à l'al. 423(1)d) et au par. 251(1) du *Code criminel*.

L'avocat des appelants a demandé l'annulation de l'acte d'accusation ou la suspension des poursuites avant même d'inscrire les plaidoyers, pour le motif que l'art. 251 du *Code criminel* excéderait les pouvoirs du Parlement du Canada, enfreindrait l'al. 2a) et les art. 7 et 12 de la *Charte* et entrerait en conflit avec l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*. Le juge de première instance, le juge Parker, juge en chef adjoint de la Haute Cour, a rejeté la requête et l'appel interjeté à la Cour d'appel de l'Ontario a aussi été rejeté. Le procès s'est poursuivi devant le juge Parker et un

Appeal and the appellants filed a cross-appeal. The Court of Appeal allowed the appeal, set aside the verdict of acquittal and ordered a new trial. The Court held that the cross-appeal related to issues already raised in the appeal, and the issues were therefore examined as part of the appeal.

jury et les trois accusés ont été acquittés. Le ministère public a interjeté appel de l'acquiescement à la Cour d'appel et les appelants ont formé un appel incident. La Cour d'appel a accueilli l'appel, annulé le verdict d'acquiescement et ordonné un nouveau procès. La Cour a jugé que l'appel incident se rapportait à des points déjà soulevés par l'appel principal, qui ont donc été étudiés dans le cadre de ce dernier.

## IV

Section 7 of the Charter

In his submissions, counsel for the appellants argued that the Court should recognize a very wide ambit for the rights protected under s. 7 of the *Charter*. Basing his argument largely on American constitutional theories and authorities, Mr. Manning submitted that the right to "life, liberty and security of the person" is a wide-ranging right to control one's own life and to promote one's individual autonomy. The right would therefore include a right to privacy and a right to make unfettered decisions about one's own life.

In my opinion, it is neither necessary nor wise in this appeal to explore the broadest implications of s. 7 as counsel would wish us to do. I prefer to rest my conclusions on a narrower analysis than that put forward on behalf of the appellants. I do not think it would be appropriate to attempt an all-encompassing explication of so important a provision as s. 7 so early in the history of *Charter* interpretation. The Court should be presented with a wide variety of claims and factual situations before articulating the full range of s. 7 rights. I will therefore limit my comments to some interpretive principles already set down by the Court and to an analysis of only two aspects of s. 7, the right to "security of the person" and "the principles of fundamental justice".

A. *Interpreting s. 7*

The goal of *Charter* interpretation is to secure for all people "the full benefit of the *Charter's* protection": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344. To attain that goal, this

## IV

L'article 7 de la Charte

Selon la thèse de l'avocat des appelants, la Cour devrait accorder une portée très large aux droits garantis par l'art. 7 de la *Charte*. Se fondant largement sur la doctrine et la jurisprudence constitutionnelles américaines, M<sup>e</sup> Manning a fait valoir que le droit de chacun à «la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne» est un droit très large d'assumer sa destinée et de promouvoir son autonomie individuelle. Ce droit inclurait donc le droit à la vie privée et celui de décider souverainement de tout ce qui touche à sa vie personnelle.

À mon avis, il n'est ni nécessaire ni sage, dans le cadre de ce pourvoi, d'explorer les répercussions les plus larges que pourrait avoir l'art. 7, comme l'avocat le voudrait. Je préfère fonder mes conclusions sur une analyse plus étroite que celle avancée au nom des appelants. Je ne pense pas qu'il soit opportun de tenter d'arriver à une explication exhaustive d'une disposition aussi importante que l'art. 7 si tôt dans l'histoire de l'interprétation de la *Charte*. La Cour devra être saisie d'un large éventail d'espèces avant de pouvoir broser un tableau complet des droits visés par l'art. 7. Je limiterai donc mes commentaires à certains principes interprétatifs déjà énoncés par la Cour et à une analyse de seulement deux aspects de l'art. 7, le droit de chacun à «la sécurité de sa personne» et «les principes de justice fondamentale».

A. *L'interprétation de l'art. 7*

L'interprétation de la *Charte* doit viser à faire en sorte que tous «bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*»: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344.

Court has held consistently that the proper technique for the interpretation of *Charter* provisions is to pursue a "purposive" analysis of the right guaranteed. A right recognized in the *Charter* is "to be understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, at p. 344. (See also *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; and *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613.)

In *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 204, Justice Wilson emphasized that there are three distinct elements to the s. 7 right, that "life, liberty, and security of the person" are independent interests, each of which must be given independent significance by the Court (p. 205). This interpretation was adopted by a majority of the Court, *per* Justice Lamer, in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 500. It is therefore possible to treat only one aspect of the first part of s. 7 before determining whether any infringement of that interest accords with the principles of fundamental justice. (See *Singh, Re B.C. Motor Vehicle Act*, and *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284.)

With respect to the second part of s. 7, in early academic commentary one of the principal concerns was whether the reference to "principles of fundamental justice" enables the courts to review the substance of legislation. (See, e.g., Whyte, "Fundamental Justice: The Scope and Application of Section 7 of the Charter" (1983), 13 *Man. L.J.* 455, and Garant, "Fundamental Freedoms and Natural Justice" in W. S. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary* (1982).) In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, Lamer J. noted at p. 497 that any attempt to draw a sharp line between procedure and substance would be ill-conceived. He suggested further that it would not be beneficial in Canada to allow a debate which is rooted in United States constitutional dilemmas to shape our interpretation of s. 7 (p. 498):

Pour atteindre ce but, il faut recourir, selon la jurisprudence constante de la Cour, à la technique d'interprétation des dispositions de la *Charte* qui consiste à procéder à une analyse de «l'objet visé» par le droit garanti. Les droits reconnus par la *Charte* doivent "en d'autres termes . . . s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger": l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, à la p. 344. (Voir aussi les arrêts *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145 et *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613.)

Dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la p. 204, le juge Wilson souligne que le droit conféré par l'art. 7 comporte trois éléments distincts, que «la vie, la liberté et la sécurité de sa personne» sont trois intérêts indépendants auxquels la Cour doit respectivement donner un sens indépendant (à la p. 205). La Cour, à la majorité, a adopté cette interprétation, voir le juge Lamer, dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 500. Il est donc possible de ne traiter qu'un seul aspect du premier volet de l'art. 7 avant de rechercher si une violation de cet intérêt concorde avec les principes de justice fondamentale. (Voir les arrêts *Singh, Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* et *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284.)

Quant à la seconde clause de l'art. 7, dans les premières analyses de doctrine, on s'est principalement intéressé à la question de savoir si la référence aux «principes de justice fondamentale» permet aux tribunaux d'examiner le fond de la législation. (Voir, par ex., Whyte, «Fundamental Justice: The Scope and Application of Section 7 of the Charter» (1983), 13 *Man. L.J.* 455, et Garant, «Libertés fondamentales et justice naturelle» dans W. S. Tarnopolsky et G.-A. Beaudoin, *Charte canadienne des droits et libertés* (1982).) Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, le juge Lamer constate, à la p. 497, qu'il serait imprudent de tenter de confiner dans des limites précises la procédure, d'une part, et le fond, de l'autre. Il laisse aussi entendre qu'il n'y aurait pas avantage au Canada à laisser ce débat, dont la source réside dans les dilemmes constitutionnels des États-Unis, façonner notre interprétation de l'art. 7 (à la p. 498):

We would, in my view, do our own Constitution a disservice to simply allow the American debate to define the issue for us, all the while ignoring the truly fundamental structural differences between the two constitutions.

Lamer J. went on to hold that the principles of fundamental justice referred to in s. 7 can relate both to procedure and to substance, depending upon the circumstances presented before the Court.

I have no doubt that s. 7 does impose upon courts the duty to review the substance of legislation once it has been determined that the legislation infringes an individual's right to "life, liberty and security of the person". The section states clearly that those interests may only be impaired if the principles of fundamental justice are respected. Lamer J. emphasized, however, that the courts should avoid "adjudication of the merits of public policy" (p. 499). In the present case, I do not believe that it is necessary for the Court to tread the fine line between substantive review and the adjudication of public policy. As in the *Singh* case, it will be sufficient to investigate whether or not the impugned legislative provisions meet the procedural standards of fundamental justice. First it is necessary to determine whether s. 251 of the *Criminal Code* impairs the security of the person.

### B. Security of the Person

The law has long recognized that the human body ought to be protected from interference by others. At common law, for example, any medical procedure carried out on a person without that person's consent is an assault. Only in emergency circumstances does the law allow others to make decisions of this nature. Similarly, art. 19 of the *Civil Code of Lower Canada* provides that "The human person is inviolable" and that "No person may cause harm to the person of another without his consent or without being authorized by law to do so". "Security of the person", in other words, is not a value alien to our legal landscape. With the advent of the *Charter*, security of the person has been elevated to the status of a constitutional norm. This is not to say that the various forms of

À mon avis, nous rendrions un mauvais service à notre propre Constitution en permettant simplement que le débat américain définisse la question pour nous, tout en ignorant les différences de structure vraiment fondamentales entre les deux constitutions.

Le juge Lamer poursuit en disant que les principes de justice fondamentale mentionnés à l'art. 7 peuvent se rapporter tant à la procédure qu'au fond, selon les faits dont la Cour est saisie.

J'estime sans aucun doute que l'art. 7 impose aux tribunaux le devoir d'examiner, au fond, des textes législatifs une fois qu'il a été jugé qu'ils enfreignent le droit de l'individu à «la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne». L'article dit clairement qu'il ne peut être porté atteinte à ces intérêts que si les principes de justice fondamentale sont respectés. Le juge Lamer souligne néanmoins que les tribunaux devraient éviter «de se prononcer sur le bien-fondé de politiques générales» (à la p. 499). En l'espèce, je ne crois pas qu'il soit nécessaire que la Cour touche à l'équilibre fragile entre examen du fond et décision de politiques générales. Comme dans l'affaire *Singh*, il suffit de rechercher si oui ou non les dispositions législatives contestées répondent aux normes procédurales de la justice fondamentale. En premier lieu, il est nécessaire de rechercher si l'art. 251 du *Code criminel* porte atteinte à la sécurité de la personne.

### B. La sécurité de la personne

Il est depuis longtemps admis en droit que le corps humain doit être protégé des ingérences de tiers. En *common law*, par exemple, une intervention médicale effectuée sans le consentement du patient constitue des voies de fait. C'est seulement en cas d'urgence que le droit autorise des tiers à prendre des décisions de cette nature. De même, l'art. 19 du *Code civil du Bas-Canada* déclare que «la personne humaine est inviolable» et que «Nul ne peut porter atteinte à la personne d'autrui sans son consentement ou sans y être autorisé par la loi». La «sécurité de la personne», en d'autres termes, n'est pas une valeur étrangère à notre régime juridique. Avec l'avènement de la *Charte*, la sécurité de la personne a été promue au rang de norme constitutionnelle. Cela ne veut pas dire que



protection accorded to the human body by the common and civil law occupy a similar status. "Security of the person" must be given content in a manner sensitive to its constitutional position. The above examples are simply illustrative of our respect for individual physical integrity. (See R. Macdonald, "Procedural Due Process in Canadian Constitutional Law", 39 *U. Fla. L. Rev.* 217 (1987), at p. 248.) Nor is it to say that the state can never impair personal security interests. There may well be valid reasons for interfering with security of the person. It is to say, however, that if the state does interfere with security of the person, the *Charter* requires such interference to conform with the principles of fundamental justice.

The appellants submitted that the "security of the person" protected by the *Charter* is an explicit right to control one's body and to make fundamental decisions about one's life. The Crown contended that "security of the person" is a more circumscribed interest and that, like all of the elements of s. 7, it at most relates to the concept of physical control, simply protecting the individual's interest in his or her bodily integrity.

Canadian courts have already had occasion to address the scope of the interest protected under the rubric of "security of the person". In *R. v. Caddedu* (1982), 40 O.R. (2d) 128, at p. 139, the Ontario High Court emphasized that the right to security of the person, like each aspect of s. 7, is a basic right, the deprivation of which has severe consequences for an individual. This characterization was approved by this Court in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, at p. 501. The Ontario Court of Appeal has held that the right to life, liberty and security of the person "would appear to relate to one's physical or mental integrity and one's control over these ..." (*R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395, at p. 433.)

les différentes formes de protection accordées au corps humain par le droit civil et la *common law* occupent le même rang. Le contenu donné à «la sécurité de la personne» doit être sensible à sa situation constitutionnelle. Les exemples fournis ci-dessus ne sont que des illustrations de notre respect pour l'intégrité physique de chacun. (Voir R. Macdonald, «Procedural Due Process in Canadian Constitutional Law», 39 *U. Fla. L. Rev.* 217 (1987), à la p. 248.) Cela ne revient pas non plus à dire que l'État ne peut jamais porter atteinte aux intérêts en matière de sécurité personnelle. Il peut fort bien exister des motifs valides d'ingérence à l'égard de la sécurité de la personne. Cela veut cependant dire que si l'État touche effectivement à la sécurité de la personne, la *Charte* impose que cette ingérence soit conforme aux principes de justice fondamentale.

Les appelants font valoir que la «sécurité de la personne» protégée par la *Charte* est un droit qui permet explicitement d'être maître de son propre corps et de prendre des décisions fondamentales au sujet de sa propre vie. Le ministère public soutient que «la sécurité de la personne» est en fait un intérêt plus circonscrit et que, comme tous les autres éléments de l'art. 7, elle est liée, au mieux, à la notion de contrôle physique, protégeant simplement l'intérêt de chacun à assurer son intégrité corporelle.

Les tribunaux canadiens ont déjà eu à statuer sur la portée de l'intérêt que protège la rubrique «la sécurité de sa personne». Dans l'affaire *R. v. Caddedu* (1982), 40 O.R. (2d) 128, à la p. 139, la Haute Cour de l'Ontario a rappelé que le droit à la sécurité de la personne, comme chacun des volets de l'art. 7, est un droit fondamental qui, lorsqu'on y porte atteinte, a des conséquences graves pour l'individu. La Cour a approuvé cette caractérisation dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, à la p. 501. La Cour d'appel de l'Ontario a jugé que le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne [TRADUCTION] «semble se rapporter à l'intégrité physique ou mentale d'une personne et au contrôle qu'elle exerce à cet égard ...» (*R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395, à la p. 433.)

That conclusion is consonant with the holding of Lamer J. in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863. In *Mills*, Lamer J. was the only judge of this Court to treat the right to security of the person in any detail. Although the right arose in the context of s. 11(b) of the *Charter*, Lamer J. stressed the close connection between the specific rights in ss. 8 to 14 and the more generally applicable rights expressed in s. 7. Lamer J. held, at pp. 919-20, that even in the specific context of s. 11(b):

... security of the person is not restricted to physical integrity; rather, it encompasses protection against "overlong subjection to the vexations and vicissitudes of a pending criminal accusation" ... These include stigmatization of the accused, loss of privacy, stress and anxiety resulting from a multitude of factors, including possible disruption of family, social life and work, legal costs, uncertainty as to the outcome and sanction.

If state-imposed psychological trauma infringes security of the person in the rather circumscribed case of s. 11(b), it should be relevant to the general case of s. 7 where the right is expressed in broader terms. (See Whyte, *supra*, p. 39).

I note also that the Court has held in other contexts that the psychological effect of state action is relevant in assessing whether or not a *Charter* right has been infringed. In *R. v. Therens*, at p. 644, Justice Le Dain held that "The element of psychological compulsion, in the form of a reasonable perception of suspension of freedom of choice, is enough to make the restraint of liberty involuntary" for the purposes of defining "detention" in s. 10 of the *Charter*. A majority of the Court accepted the conclusions of Le Dain J. on this issue.

It may well be that constitutional protection of the above interests is specific to, and is only triggered by, the invocation of our system of criminal justice. It must not be forgotten, however, that s. 251 of the *Code*, subject to subs. (4), makes it an indictable offence for a person to procure the

Cette conclusion est conforme à celle du juge Lamer dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863. Dans cet arrêt, le juge Lamer est le seul juge de la Cour qui ait approfondi le droit à la sécurité de la personne. Quoique ce droit fût mis en cause dans le cadre de l'al. 11b) de la *Charte*, le juge Lamer a souligné le rapport étroit qu'il y a entre les droits particuliers conférés par les art. 8 à 14 et les droits d'application plus générale que l'on retrouve à l'art. 7. Le juge Lamer a conclu, aux pp. 919 et 920, que même dans le cadre précis de l'al. 11b):

... [la] sécurité de la personne ne se limite pas à l'intégrité physique; elle englobe aussi celle de protection contre [TRADUCTION] "un assujettissement trop long aux vexations et aux vicissitudes d'une accusation criminelle pendante" ... Celles-ci comprennent la stigmatisation de l'accusé, l'atteinte à la vie privée, la tension et l'angoisse résultant d'une multitude de facteurs, y compris éventuellement les perturbations de la vie familiale, sociale et professionnelle, les frais de justice et l'incertitude face à l'issue et face à la peine.

Si le traumatisme psychologique infligé par l'État porte atteinte à la sécurité de la personne dans le cas plutôt limité de l'al. 11b), on doit en tenir compte dans le cadre général de l'art. 7, où ce droit est énoncé en termes plus larges. (Voir Whyte, précité, à la p. 39.)

Je rappelle aussi que la Cour a déjà jugé, dans d'autres contextes, que l'effet psychologique de l'action de l'État a de l'importance lorsqu'on recherche si un droit garanti par la *Charte* a ou non été enfreint. Dans l'arrêt *R. c. Therens*, à la p. 644, le juge Le Dain estime que «L'élément de contrainte psychologique, sous forme d'une perception raisonnable qu'on n'a vraiment pas le choix, suffit pour rendre involontaire la privation de liberté» quand il s'agit de définir le terme "dé-tention" à l'art. 10 de la *Charte*. La Cour, à la majorité, a accepté les conclusions du juge Le Dain sur ce point.

Il est bien possible que la protection constitutionnelle des intérêts susmentionnés soit spécifique au recours à notre système de justice criminelle et seulement déclenchée par ce dernier. On ne doit toutefois pas oublier que l'art. 251 du *Code*, sous réserve du par. (4), érige en infraction criminelle le

miscarriage and provides a maximum sentence of two years in the case of the woman herself, and a maximum sentence of life imprisonment in the case of another person. Like *Beetz J.*, I do not find it necessary to decide how s. 7 would apply in other cases.

The case law leads me to the conclusion that state interference with bodily integrity and serious state-imposed psychological stress, at least in the criminal law context, constitute a breach of security of the person. It is not necessary in this case to determine whether the right extends further, to protect either interests central to personal autonomy, such as a right to privacy, or interests unrelated to criminal justice.

I wish to reiterate that finding a violation of security of the person does not end the s. 7 inquiry. Parliament could choose to infringe security of the person if it did so in a manner consistent with the principles of fundamental justice. The present discussion should therefore be seen as a threshold inquiry and the conclusions do not dispose definitively of all the issues relevant to s. 7. With that caution, I have no difficulty in concluding that the encyclopedic factual submissions addressed to us by counsel in the present appeal establish beyond any doubt that s. 251 of the *Criminal Code* is *prima facie* a violation of the security of the person of thousands of Canadian women who have made the difficult decision that they do not wish to continue with a pregnancy.

At the most basic, physical and emotional level, every pregnant woman is told by the section that she cannot submit to a generally safe medical procedure that might be of clear benefit to her unless she meets criteria entirely unrelated to her own priorities and aspirations. Not only does the removal of decision-making power threaten women in a physical sense; the indecision of knowing whether an abortion will be granted inflicts emotional stress. Section 251 clearly interferes with a woman's bodily integrity in both a physical and emotional sense. Forcing a woman, by threat of criminal sanction, to carry a foetus to term unless

fait pour une personne de procurer un avortement et prévoit une peine maximale de deux ans d'emprisonnement pour la femme elle-même et d'emprisonnement à perpétuité dans le cas d'une autre personne. Comme le juge *Beetz*, je juge inutile de décider si l'art. 7 devrait s'appliquer dans d'autres cas.

La jurisprudence m'amène à conclure que l'atteinte que l'État porte à l'intégrité corporelle et la tension psychologique grave causée par l'État, du moins dans le contexte du droit criminel, constituent une atteinte à la sécurité de la personne. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de se demander si le droit va plus loin et protège les intérêts primordiaux de l'autonomie personnelle, tel le droit à la vie privée ou des intérêts sans lien avec la justice criminelle.

Je réitère que la constatation qu'il y a atteinte à la sécurité de la personne ne met pas fin à la recherche exigée par l'art. 7. Le Parlement peut choisir de porter atteinte à la sécurité de la personne, pourvu qu'il le fasse en conformité avec les principes de justice fondamentale. Il faut donc considérer la présente analyse comme la première étape de recherche dont les conclusions ne régleront pas définitivement tous les points intéressant l'art. 7. Cela dit, je n'éprouve aucune difficulté à conclure que la somme encyclopédique produite par les avocats en l'espèce établit hors de tout doute que l'art. 251 du *Code criminel* constitue *prima facie* une atteinte à la sécurité de la personne de milliers de Canadiennes qui ont eu à prendre la difficile décision de ne pas mener une grossesse à terme.

Au niveau physique et émotionnel le plus fondamental, chaque femme enceinte se fait dire par cet article qu'elle ne peut subir une intervention médicale, généralement sans danger, qui pourrait manifestement être à son avantage, à moins qu'elle ne satisfasse à des critères totalement sans rapport avec ses propres priorités et aspirations. Non seulement en privant les femmes du pouvoir de décision, on les menace physiquement; en outre, l'incertitude qui plane sur le point de savoir si l'avortement sera accordé inflige une tension émotionnelle. L'article 251 porte clairement atteinte à l'intégrité corporelle, tant physique qu'émotionnelle d'une

she meets certain criteria unrelated to her own priorities and aspirations, is a profound interference with a woman's body and thus a violation of security of the person. Section 251, therefore, is required by the *Charter* to comport with the principles of fundamental justice.

Although this interference with physical and emotional integrity is sufficient in itself to trigger a review of s. 251 against the principles of fundamental justice, the operation of the decision-making mechanism set out in s. 251 creates additional glaring breaches of security of the person. The evidence indicates that s. 251 causes a certain amount of delay for women who are successful in meeting its criteria. In the context of abortion, any unnecessary delay can have profound consequences on the woman's physical and emotional well-being.

More specifically, in 1977, the *Report of the Committee on the Operation of the Abortion Law* (the Badgley Report) revealed that the average delay between a pregnant woman's first contact with a physician and a subsequent therapeutic abortion was eight weeks (p. 146). Although the situation appears to have improved since 1977, the extent of the improvement is not clear. The intervenor, the Attorney General of Canada, submitted that the average delay in Ontario between the first visit to a physician and a therapeutic abortion was now between one and three weeks. Yet the respondent Crown admitted in a supplementary factum filed on November 27, 1986 with the permission of the Court that (p. 3):

... the evidence discloses that some women may find it very difficult to obtain an abortion: by necessity, abortion services are limited, since hospitals have budgetary, time, space and staff constraints as well as many medical responsibilities. As a result of these problems a woman may have to apply to several hospitals.

If forced to apply to several different therapeutic abortion committees, there can be no doubt that a woman will experience serious delay in obtaining a

femme. Forcer une femme, sous la menace d'une sanction criminelle, à mener un fœtus à terme à moins qu'elle ne satisfasse à des critères sans rapport avec ses propres priorités et aspirations est une ingérence grave à l'égard de son corps et donc une violation de la sécurité de sa personne. La *Charte* exige donc que l'art. 251 soit conforme aux principes de justice fondamentale.

Quoique cette atteinte à l'intégrité physique et émotionnelle suffise en soi pour déclencher un examen de l'art. 251 en fonction des principes de justice fondamentale, le fonctionnement du mécanisme décisionnel établi par l'art. 251 crée d'autres violations flagrantes de la sécurité de la personne. La preuve indique que l'art. 251 est cause d'un certain retard pour les femmes qui satisfont à ses critères. Dans le contexte de l'avortement, tout retard inutile peut avoir de profondes répercussions sur le bien-être physique et émotionnel d'une femme.

Pour être plus précis, en 1977, le *Rapport du Comité sur l'application des dispositions législatives sur l'avortement* (le rapport Badgley) a révélé que le délai moyen entre la première consultation d'un médecin par une femme enceinte et l'avortement thérapeutique subséquent est de huit semaines (à la p. 146). Bien qu'il semble que la situation se soit améliorée depuis 1977, l'ampleur de cette amélioration n'est pas claire. L'intervenant, le procureur général du Canada, fait valoir que le délai moyen en Ontario entre une première visite chez le médecin et l'avortement thérapeutique est maintenant d'une à trois semaines. Pourtant, le ministère public intimé admet, dans un mémoire supplémentaire produit le 27 novembre 1986, avec l'autorisation de la Cour, que (à la p. 3):

[TRADUCTION] ... la preuve révèle que certaines femmes peuvent éprouver de grandes difficultés à obtenir un avortement: les services d'avortement sont forcément limités, puisque les hôpitaux ont des contraintes de budget, de temps, d'espace et de personnel, outre leurs nombreuses responsabilités médicales. Il s'ensuit qu'une femme peut devoir s'adresser à plusieurs hôpitaux.

Si une femme est forcée de s'adresser à plusieurs comités de l'avortement thérapeutique différents, il ne peut y avoir de doute qu'elle a à faire face à un

therapeutic abortion. In her *Report on Therapeutic Abortion Services in Ontario* (the Powell Report), Dr. Marion Powell emphasized that (p. 7):

The entire process [of obtaining an abortion] was found to be protracted with women requiring three to seven contacts with health professionals . . . .

Revealing the full extent of this problem, Dr. Augustin Roy, the President of the Corporation professionnelle des médecins du Québec, testified that studies showed that in Quebec the waiting time for a therapeutic abortion in hospital varied between one and six weeks.

These periods of delay may not seem unduly long, but in the case of abortion, the implications of any delay, according to the evidence, are potentially devastating. The first factor to consider is that different medical techniques are employed to perform abortions at different stages of pregnancy. The testimony of expert doctors at trial indicated that in the first twelve weeks of pregnancy, the relatively safe and simple suction dilation and curettage method of abortion is typically used in North America. From the thirteenth to the sixteenth week, the more dangerous dilation and evacuation procedure is performed, although much less often in Canada than in the United States. From the sixteenth week of pregnancy, the instillation method is commonly employed in Canada. This method requires the intra-amniotic introduction of prostaglandin, urea, or a saline solution, which causes a woman to go into labour, giving birth to a foetus which is usually dead, but not invariably so. The uncontroverted evidence showed that each method of abortion progressively increases risks to the woman. (See, e.g., Tyler, et al., "Second Trimester Induced Abortion in the United States", in Garry S. Berger, William Brenner and Louis Keith, eds., *Second-Trimester Abortion: Perspectives After a Decade of Experience*.)

délai considérable pour obtenir un avortement thérapeutique. Dans son *Report on Therapeutic Abortion Services in Ontario* (le rapport Powell), le Dr Marion Powell souligne (à la p. 7):

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Il est apparu que tout le processus [d'obtention d'un avortement] traîne en longueur, les femmes étant obligées de rencontrer de trois à sept professionnels de la santé . . . .

<sup>b</sup> Révélant l'ampleur du problème, le Dr Augustin Roy, président de la Corporation professionnelle des médecins du Québec, a dit dans son témoignage que les études qu'il avait faites montraient qu'au Québec l'attente pour un avortement thérapeutique dans un hôpital variait d'une à six semaines.

<sup>d</sup> Ces délais peuvent ne pas sembler très longs, mais, dans le cas d'un avortement, tout retard, d'après la preuve, peut avoir des conséquences dévastatrices. Le premier facteur dont il faut tenir compte est que différentes techniques médicales <sup>e</sup> sont utilisées pour pratiquer les avortements à différents stades de la grossesse. Le témoignage des médecins au procès, à titre d'experts, a montré que, dans les douze premières semaines de la grossesse, la méthode d'avortement relativement sûre et simple de la dilatation et de l'aspiration, suivies <sup>f</sup> d'un curetage, est normalement utilisée en Amérique du Nord. De la treizième à la seizième semaines, la méthode, plus dangereuse, de la dilatation <sup>g</sup> cervicale et de l'évacuation utérine est pratiquée, moins souvent au Canada qu'aux États-Unis. À partir de la seizième semaine de grossesse, la méthode médicamenteuse est habituellement utilisée au Canada. Elle requiert l'introduction dans le <sup>h</sup> liquide amniotique de prostaglandine, d'urée ou d'une solution saline qui provoque les contractions; la femme accouche d'un foetus, habituellement mort-né, encore que ce ne soit pas toujours le cas. La preuve non contredite démontre que d'une <sup>i</sup> méthode à l'autre, les risques courus par la femme s'accroissent. (Voir, par ex., Tyler, et al., «Second Trimester Induced Abortion in the United States», in Garry S. Berger, William Brenner and Louis Keith, eds., *Second-Trimester Abortion: Perspectives After a Decade of Experience*.) <sup>j</sup>

19880303 (C)

The second consideration is that even within the periods appropriate to each method of abortion, the evidence indicated that the earlier the abortion was performed, the fewer the complications and the lower the risk of mortality. For example, a study emanating from the Centre for Disease Control in Atlanta confirmed that "D & E [dilation and evacuation] procedures performed at 13 to 15 weeks' gestation were nearly 3 times safer than those performed at 16 weeks or later". (Cates and Grimes, "Deaths from Second Trimester Abortion by Dilation and Evacuation: Causes, Prevention, Facilities" (1981), 58 *Obstetrics and Gynecology* 401, at p. 401. See also the Powell Report, at p. 36.) The Court was advised that because of their perceptions of risk, Canadian doctors often refuse to use the dilation and evacuation procedure from the thirteenth to sixteenth weeks and instead wait until they consider it appropriate to use the instillation technique. Even more revealing were the overall mortality statistics evaluated by Drs. Cates and Grimes. They concluded from their study of the relevant data that:

Anything that contributes to delay in performing abortions increases the complication rates by 15 to 30%, and the chance of dying by 50% for each week of delay.

These statistics indicate clearly that even if the average delay caused by s. 251 *per arguendo* is of only a couple of weeks' duration, the effects upon any particular woman can be serious and, occasionally, fatal.

It is no doubt true that the overall complication and mortality rates for women who undergo abortions are very low, but the increasing risks caused by delay are so clearly established that I have no difficulty in concluding that the delay in obtaining therapeutic abortions caused by the mandatory procedures of s. 251 is an infringement of the purely physical aspect of the individual's right to security of the person. I should stress that the marked contrast between the relative speed with which abortions can be obtained at the government-sponsored community clinics in Quebec and in hospitals under the s. 251 procedure was estab-

La seconde considération est que, même au cours des périodes où chaque méthode d'avortement peut être employée, la preuve indique que plus l'avortement a lieu tôt, moins il y a de complications et inférieur est le risque de décès. Par exemple, une étude du Centre for Disease Control d'Atlanta a confirmé que [TRADUCTION] «la méthode D & E [dilatation cervicale et évacuation utérine] utilisée de la treizième à la quinzième semaines de grossesse est presque trois fois plus sûre qu'après seize semaines ou plus». (Cates et Grimes, «Deaths from Second Trimester Abortion by Dilation and Evacuation: Causes, Prevention, Facilities» (1981), 58 *Obstetrics and Gynecology* 401, à la p. 401. Voir aussi le rapport Powell, à la p. 36.) Il a été porté à la connaissance de la Cour qu'à cause des risques possibles les médecins canadiens refusent souvent d'employer la méthode de la dilatation cervicale et de l'évacuation utérine entre la treizième et la seizième semaines, préférant attendre le moment où ils jugeront pouvoir avoir recours à la méthode médicamenteuse. Les statistiques globales de mortalité évaluées par les D<sup>r</sup> Cates et Grimes sont encore plus révélatrices. Ils concluent, après une étude des données pertinentes:

[TRADUCTION] Tout retard à pratiquer l'avortement augmente le taux de complication de 15 à 30 % et les probabilités de décès de 50 % par semaine de retard.

Ces statistiques indiquent clairement que même si le retard moyen causé par l'art. 251 n'est, par hypothèse, que de quelque deux semaines, les effets pour une femme donnée peuvent être graves et parfois mortels.

Il est certainement vrai que les taux globaux de complication et de mortalité pour les femmes qui subissent un avortement sont très faibles, mais l'augmentation des risques causés par tout retard est si clairement établie que je n'ai aucune difficulté à conclure que tout retard à obtenir un avortement thérapeutique, en raison de la procédure imposée par l'art. 251, est une atteinte à l'aspect purement physique du droit de chacun à la sécurité de sa personne. Je dois souligner que le contraste marqué entre la relative rapidité avec laquelle des avortements peuvent être obtenus dans les Centres locaux de santé communautaire du

lished at trial. The evidence indicated that at the government-sponsored clinics in Quebec, the maximum delay was less than a week. One must conclude, and perhaps underline, that the delay experienced by many women seeking a therapeutic abortion, be it of one, two, four, or six weeks' duration, is caused in large measure by the requirements of s. 251 itself.

The above physical interference caused by the delays created by s. 251, involving a clear risk of damage to the physical well-being of a woman, is sufficient, in my view, to warrant inquiring whether s. 251 comports with the principles of fundamental justice. However, there is yet another infringement of security of the person. It is clear from the evidence that s. 251 harms the psychological integrity of women seeking abortions. A 1985 report of the Canadian Medical Association, discussed in the Powell Report, at p. 15, emphasized that the procedure involved in s. 251, with the concomitant delays, greatly increases the stress levels of patients and that this can lead to more physical complications associated with abortion. A specialist in fertility control, Dr. Henry David, was qualified as an expert witness at trial on the psychological impact upon women of delay in the process of obtaining an abortion. He testified that his own studies had demonstrated that there is increased psychological stress imposed upon women who are forced to wait for abortions, and that this stress is compounded by the uncertainty whether or not a therapeutic abortion committee will actually grant approval.

Perhaps the most powerful testimony regarding the psychological impact upon women caused by the delay inherent in s. 251 procedures was offered at trial by Dr. Jane Hodgson, the Medical Director of the Women's Health Center in Duluth, Minnesota. She was called to testify as to her experiences with Canadian women who had come to the Women's Health Center for abortions. Her testimony was extensive, but the flavour may be gleaned from the following short excerpts:

Québec, subventionnés par le gouvernement, et dans les hôpitaux en vertu de la procédure de l'art. 251 a été établi au procès. D'après la preuve, dans les CLSC du Québec, l'attente maximum est inférieure à une semaine. On doit conclure, et peut-être souligner, que l'attente que doivent subir de nombreuses femmes voulant un avortement thérapeutique, qu'il s'agisse d'une, de deux, de quatre ou de six semaines, est due dans une large mesure aux exigences de l'art. 251 lui-même.

L'ingérence physique exposée ci-dessus, imputable aux délais découlant de l'art. 251 et impliquant un risque clair de préjudice pour le bien-être physique d'une femme, suffit, à mon avis, pour justifier qu'on se demande si l'art. 251 est conforme avec les principes de justice fondamentale. Il y a toutefois une autre violation de la sécurité de la personne. Il ressort de la preuve que l'art. 251 porte atteinte à l'intégrité psychologique des femmes voulant un avortement. Un rapport de 1985 de l'Association médicale canadienne, étudié dans le rapport Powell, à la p. 15, souligne que la procédure qu'implique l'art. 251, avec les délais qui en découlent, accroît de beaucoup le niveau d'anxiété des patientes, ce qui peut accroître le nombre de complications somatiques liées à l'avortement. Un spécialiste en fertilité, le Dr Henry David, a témoigné à titre d'expert au procès au sujet de l'effet psychologique sur les femmes des délais d'obtention d'un avortement. D'après son témoignage, ses propres études ont démontré que la tension psychologique augmente chez les femmes forcées d'attendre pour se faire avorter, d'autant que cette tension est accrue par l'incertitude quant à savoir si un comité de l'avortement thérapeutique donnera ou non son approbation.

Le Dr Jane Hodgson, directrice médicale du Women's Health Center de Duluth, au Minnesota, a sans doute donné, au procès, le témoignage le plus impressionnant au sujet de l'effet psychologique sur les femmes des délais inhérents à la procédure de l'art. 251. Elle avait été assignée afin de faire part de son expérience avec les femmes canadiennes qui se rendent au Women's Health Center pour se faire avorter. Son témoignage est long, mais ces brefs extraits peuvent en transmettre l'idée:

May I add one other thing that I think is very vital, and that is that many of these [Canadian] women come down because they know they will be delayed in getting, first, permission, then delayed in getting a hospital bed, or getting into the hospital, and so they know they will have to have saline [instillation] procedures. And some of them have been through this, and others know what it is about, and they will do almost anything to avoid having a saline procedure.

And of course, that is — I consider that a very cruel type of medical care and will do anything to help them to avoid this type of treatment.

The cost, the time consumed, the medical risks, the mental anguish — all of this is cruelty, in this day and age, because it's [the instillation procedure] an obsolete procedure that is essentially disappearing in the United States.

I have already noted that the instillation procedure requires a woman actually to experience labour and to suffer through the birth of a foetus that is usually but not always dead. Statistics from 1982 indicated that 33.4 per cent of second trimester abortions in Ontario were done by instillation, and the Powell Report revealed, at p. 36, that even in 1986 there persisted a high incidence of second trimester abortions in Ontario. The psychological injury caused by delay in obtaining abortions, much of which must be attributed to the procedures set out in s. 251, constitutes an additional infringement of the right to security of the person.

In its supplementary factum and in oral submissions, the Crown argued that evidence of what could be termed “administrative inefficiency” is not relevant to the evaluation of legislation for the purposes of s. 7 of the *Charter*. The Crown argued that only evidence regarding the purpose of legislation is relevant. The assumption, of course, is that any impairment to the physical or psychological interests of individuals caused by s. 251 of the *Criminal Code* does not amount to an infringement of security of the person because the injury is caused by practical difficulties and is not intended by the legislator.

[TRADUCTION] Puis-je ajouter un autre point qui me paraît des plus vital: beaucoup de femmes [canadiennes] font le voyage parce qu'elles savent qu'elles devront attendre d'abord de recevoir l'autorisation, puis qu'un lit d'hôpital soit disponible, ou d'obtenir l'admission dans un hôpital, et qu'elles savent donc qu'il faudra qu'on leur administre la méthode médicamenteuse. Certaines d'entre elles sont déjà passées par là, d'autres savent ce que ça veut dire, aussi sont-elles prêtes à faire à peu près n'importe quoi pour l'éviter.

Et, bien entendu, c'est-à-dire [...] j'estime qu'il s'agit là d'une thérapeutique des plus cruelles, aussi suis-je prête à tout faire pour les aider à l'éviter.

Le coût, le temps perdu, les risques médicaux, l'angoisse mentale: tout cela c'est de la cruauté, aujourd'hui, à notre époque, parce qu'il s'agit d'une méthode [la méthode médicamenteuse] désuète, à peu près en voie de disparition aux États-Unis.

J'ai déjà dit que la méthode médicamenteuse oblige la femme à subir les contractions et à endurer l'accouchement d'un foetus généralement mais pas toujours mort-né. Les statistiques de 1982 montrent que, dans 33,4 pour 100 des avortements en Ontario, on a utilisé la méthode médicamenteuse et le rapport Powell révèle, à la p. 36, que, même en 1986, il y avait toujours une haute incidence d'avortements pratiqués au second trimestre en Ontario. Le dommage psychologique causé par le délai d'obtention des avortements, dont une grande part doit être attribuée à la procédure prévue à l'art. 251, constitue une atteinte supplémentaire au droit à la sécurité de la personne.

Dans son mémoire supplémentaire et au cours des plaidoiries, le ministère public a soutenu que les éléments de preuve relatifs à ce qu'on pourrait qualifier de «lenteurs administratives» ne sauraient entrer en ligne de compte dans l'évaluation d'une loi aux fins de l'art. 7 de la *Charte*. Le ministère public fait valoir que seuls les éléments de preuve portant sur l'objet de la loi sont pertinents. Ceci présume donc que les atteintes aux intérêts physiques ou psychologiques des individus causées par l'art. 251 du *Code criminel* ne constituent pas une atteinte à la sécurité de la personne, car le dommage résulte de difficultés pratiques et n'est pas l'objectif du législateur.



The submission is faulty on two counts. First, as a practical matter it is not possible in the case of s. 251 to erect a rigid barrier between the purposes of the section and the administrative procedures established to carry those purposes into effect. For example, although it may be true that Parliament did not enact s. 251 intending to create delays in obtaining therapeutic abortions, the evidence demonstrates that the system established by the section for obtaining a therapeutic abortion certificate inevitably does create significant delays. It is not possible to say that delay results only from administrative constraints, such as limited budgets or a lack of qualified persons to sit on therapeutic abortion committees. Delay results from the cumbersome operating requirements of s. 251 itself. (See, by way of analogy, *R. v. Therens*, per Le Dain J., at p. 645.) Although the mandate given to the courts under the *Charter* does not, generally speaking, enable the judiciary to provide remedies for administrative inefficiencies, when denial of a right as basic as security of the person is infringed by the procedure and administrative structures created by the law itself, the courts are empowered to act.

Secondly, were it nevertheless possible in this case to dissociate purpose and administration, this Court has already held as a matter of law that purpose is not the only appropriate criterion in evaluating the constitutionality of legislation under the *Charter*. In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, at p. 331, the Court stated that:

... both purpose and effect are relevant in determining constitutionality; either an unconstitutional purpose or an unconstitutional effect can invalidate legislation.

Even if the purpose of legislation is unobjectionable, the administrative procedures created by law to bring that purpose into operation may produce unconstitutional effects, and the legislation should then be struck down. It is important to note that, in speaking of the effects of legislation, the Court in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* was still referring to effects that can invalidate legislation under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* and not to individual effects that might lead a court to provide a person-

L'argument est spécieux pour deux raisons. D'abord, en pratique, il n'est pas possible, dans le cas de l'art. 251, d'ériger une cloison étanche entre l'objet recherché par l'article et la procédure administrative établie pour l'atteindre. Par exemple, quoiqu'il puisse être vrai que le législateur n'a pas adopté l'art. 251 dans le but de retarder l'obtention des avortements thérapeutiques, la preuve démontre que le système établi par l'article pour obtenir un certificat d'avortement thérapeutique crée inévitablement des délais importants. Il n'est pas possible de dire que ces retards ne résultent que des contraintes administratives, tels les budgets restreints ou le manque de personnel qualifié apte à siéger aux comités de l'avortement thérapeutique. Les délais résultent de la lourdeur du mécanisme prévu à l'art. 251 lui-même. (Voir par analogie l'arrêt *R. c. Therens*, le juge Le Dain, à la p. 645.) Si le mandat conféré aux tribunaux par la *Charte* n'autorise pas, généralement parlant, le pouvoir judiciaire à accorder un recours contre les lenteurs administratives, néanmoins, lorsqu'un droit aussi fondamental que la sécurité de la personne est enfreint par la procédure et les structures administratives créées par la loi elle-même, les tribunaux ont le pouvoir d'agir.

En second lieu, même s'il était possible en l'espèce de dissocier objet et administration, la Cour a déjà statué en droit que l'objet n'est pas le seul critère valable d'évaluation de la constitutionnalité d'une loi en fonction de la *Charte*. Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, à la p. 331, la Cour dit:

... l'objet et l'effet d'une loi sont tous les deux importants pour déterminer sa constitutionnalité; un objet inconstitutionnel ou un effet inconstitutionnel peuvent l'un et l'autre rendre une loi invalide.

Même si l'objet d'une loi est inattaquable, la procédure administrative créée par la loi pour la mise en œuvre de cet objet peut produire des effets inconstitutionnels et la loi doit alors être invalidée. Il importe de rappeler qu'en parlant des effets d'une loi, la Cour, dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, se référait encore aux effets qui peuvent invalider une loi en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et non aux effets individuels, qui pourraient amener un tribunal à accor-

al remedy under s. 24(1) of the *Charter*. In the present case, the appellants are complaining of the general effects of s. 251. If section 251 of the *Criminal Code* does indeed breach s. 7 of the *Charter* through its general effects, that can be sufficient to invalidate the legislation under s. 52. As an aside, I should note that the appellants have standing to challenge an unconstitutional law if they are liable to conviction for an offence under that law even though the unconstitutional effects are not directed at the appellants *per se*: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, at p. 313. The standing of the appellants was not challenged by the Crown.

In summary, s. 251 is a law which forces women to carry a foetus to term contrary to their own priorities and aspirations and which imposes serious delay causing increased physical and psychological trauma to those women who meet its criteria. It must, therefore, be determined whether that infringement is accomplished in accordance with the principles of fundamental justice, thereby saving s. 251 under the second part of s. 7.

### C. *The Principles of Fundamental Justice*

Although the "principles of fundamental justice" referred to in s. 7 have both a substantive and a procedural component (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, at p. 499), I have already indicated that it is not necessary in this appeal to evaluate the substantive content of s. 251 of the *Criminal Code*. My discussion will therefore be limited to various aspects of the administrative structure and procedure set down in s. 251 for access to therapeutic abortions.

In outline, s. 251 operates in the following manner. Subsection (1) creates an indictable offence for any person to use any means with the intent "to procure the miscarriage of a female person". Subsection (2) establishes a parallel indictable offence for any pregnant woman to use or to permit any means to be used with the intent "to procure her own miscarriage". The "means" referred to in subs. (1) and (2) are defined in subs. (3) as the administration of a drug or "other noxious thing", the use of an instrument, and

der une réparation à une personne en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. En l'espèce, les appelants se plaignent des effets généraux de l'art. 251. Si l'article 251 du *Code criminel* viole effectivement l'art. 7 de la *Charte* par suite de ses effets généraux, cela peut suffire à invalider la loi en vertu de l'art. 52. Par ailleurs, je rappellerais que les appelants ont qualité pour contester une loi inconstitutionnelle s'ils risquent d'être déclarés coupables d'une infraction à cette loi, même s'ils n'ont pas directement à pâtir des effets inconstitutionnels: l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, à la p. 313. Le ministère public n'a d'ailleurs pas contesté leur qualité pour agir.

En résumé, l'art. 251 est un texte législatif qui oblige des femmes à mener un fœtus à terme à l'encontre de leurs propres priorités et aspirations et qui impose des délais considérables qui accroissent le traumatisme physique et psychologique des femmes qui satisfont à ses critères. Il faut donc déterminer si l'atteinte a eu lieu en conformité avec les principes de justice fondamentale, ce qui sauverait l'art. 251 en vertu de la seconde partie de l'art. 7.

### C. *Les principes de justice fondamentale*

Bien que les «principes de justice fondamentale» mentionnés à l'art. 7 aient une composante de fond et une composante de procédure (*Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, à la p. 499), j'ai déjà dit qu'il n'est pas nécessaire en l'espèce de se prononcer sur le fond de l'art. 251 du *Code criminel*. Mon analyse se limitera donc aux divers aspects de la structure et de la procédure administratives établies par l'art. 251 pour l'obtention des avortements thérapeutiques.

En bref, l'art. 251 fonctionne de la manière suivante. Le paragraphe (1) fait un acte criminel de l'emploi, par qui que ce soit, de quelque moyen avec l'intention «de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin». Le paragraphe (2) prévoit, en parallèle, que se rend coupable d'un acte criminel toute femme enceinte qui emploie ou permet que soit employé quelque moyen avec l'intention «d'obtenir son propre avortement». Les «moyens» dont il est question aux par. (1) et (2) sont définis au par. (3) comme étant l'administra-

“manipulation of any kind”. The crucial provision for the purposes of the present appeal is subs. (4) which states that the offences created in subss. (1) and (2) “do not apply” in certain circumstances. The Ontario Court of Appeal in the proceedings below characterized s. 251(4) as an “exculpatory provision” ((1985), 52 O.R. (2d) 353, at p. 365). In *Morgentaler* (1975), at p. 673, a majority of this Court held that the effect of s. 251(4) was to afford “a complete answer and defence to those who respect its terms”.

The procedure surrounding the defence is rather complex. A pregnant woman who desires to have an abortion must apply to the “therapeutic abortion committee” of an “accredited or approved hospital”. Such a committee is empowered to issue a certificate in writing stating that in the opinion of a majority of the committee, the continuation of the pregnancy would be likely to endanger the pregnant woman’s life or health. Once a copy of the certificate is given to a qualified medical practitioner who is not a member of the therapeutic abortion committee, he or she is permitted to perform an abortion on the pregnant woman and both the doctor and the woman are freed from any criminal liability.

A number of definitions are provided in subs. (6) which have a bearing on the disposition of this appeal. An “accredited hospital” is described as a hospital accredited by the Canadian Council on Hospital Accreditation “in which diagnostic services and medical, surgical and obstetrical treatment” are provided. An “approved hospital” is a hospital “approved for the purposes of this section by the Minister of Health” of a province. A “therapeutic abortion committee” must be “comprised of not less than three members each of whom is a qualified medical practitioner” who is appointed by a hospital’s administrative board. Interestingly, the term “health” is not defined for the purposes of s. 251, so it would appear that the therapeutic abortion committees are free to develop their own theories as to when a potential impairment of a woman’s “health” would justify the granting of a therapeutic abortion certificate.

tion d’une drogue ou «autre substance délétère», l’emploi d’un instrument et «toute manipulation». La disposition cruciale en l’espèce est le par. (4) selon lequel les infractions prévues aux par. (1) et (2) «ne s’appliquent pas» dans certaines circonstances. La Cour d’appel de l’Ontario, en l’espèce, a qualifié le par. 251(4) de [TRADUCTION] «disposition disculpatoire» ((1985), 52 O.R. (2d) 353, à la p. 365). Dans l’arrêt *Morgentaler* (1975), à la p. 673, cette Cour, à la majorité, a jugé que le par. 251(4) avait pour effet d’offrir «à ceux qui satisfont à ses conditions, un moyen de défense complet».

La procédure entourant cette défense est plutôt complexe. Une femme enceinte qui désire un avortement doit s’adresser au «comité de l’avortement thérapeutique» d’un hôpital «accrédité ou approuvé». Ce comité a le pouvoir de délivrer un certificat écrit attestant que, par décision de la majorité des membres du comité, la continuation de la grossesse risque de mettre la vie ou la santé de la femme enceinte en danger. Sur remise d’une copie du certificat à un médecin qualifié qui n’est pas membre du comité de l’avortement thérapeutique, celui-ci est autorisé à procurer un avortement à la femme enceinte et tant le médecin que la femme échappent à toute responsabilité criminelle.

Le paragraphe (6) fournit plusieurs définitions qui ont des répercussions sur l’issue de ce pourvoi. Un «hôpital accrédité» désigne un hôpital accrédité par le Conseil canadien d’accréditation des hôpitaux «dans lequel sont fournis des services de diagnostic et des traitements médicaux, chirurgicaux et obstétricaux». Un «hôpital approuvé» est un hôpital «approuvé aux fins du présent article par le ministre de la Santé» d’une province. Un «comité de l’avortement thérapeutique» doit être «formé d’au moins trois membres qui sont tous des médecins qualifiés» nommés par le Conseil d’administration de l’hôpital. Curieusement, le terme «santé» n’est pas défini à l’art. 251, de sorte qu’il semble que les comités de l’avortement thérapeutique sont libres d’élaborer leur propre théorie pour déterminer quand une atteinte éventuelle à la «santé» d’une femme peut justifier l’octroi d’un certificat d’avortement thérapeutique.

As is so often the case in matters of interpretation, however, the straightforward reading of this statutory scheme is not fully revealing. In order to understand the true nature and scope of s. 251, it is necessary to investigate the practical operation of the provisions. The Court has been provided with a myriad of factual submissions in this area. One of the most useful sources of information is the Badgley Report. The Committee on the Operation of the Abortion Law was established by Orders-in-Council P.C. 1975-2305, -2306, and -2307 of September 29, 1975 and its terms of reference instructed it to "conduct a study to determine whether the procedure provided in the Criminal Code for obtaining therapeutic abortions is operating equitably across Canada". Statistics were provided to the Committee by Statistics Canada and the Committee conducted its own research, meeting with officials of the departments of the provincial attorneys general and of health, and visiting 140 hospitals throughout Canada. The Committee also commissioned national hospital, hospital staff, physician, and patient surveys. The overall conclusion of the Committee was that "The procedures set out for the operation of the Abortion Law are not working equitably across Canada" (p. 17). Of course, that conclusion does not lead to the necessary inference that s. 251 procedures violate the principles of fundamental justice. Unfair functioning of the law could be caused by external forces which do not relate to the law itself.

The Badgley Report contains a wealth of detailed information which demonstrates, however, that many of the most serious problems with the functioning of s. 251 are created by procedural and administrative requirements established in the law. For example, the Badgley Committee noted, at p. 84, that:

... the Abortion Law implicitly establishes a minimum requirement of three qualified physicians to serve on a therapeutic abortion committee, plus a qualified medical practitioner who is not a member of the therapeutic abortion committee, to perform the procedure.

The Committee went on to make the following observation at p. 102:

Cependant, comme c'est souvent le cas en matière d'interprétation, la simple lecture des dispositions législatives ne dit pas tout. Pour comprendre la nature et la portée véritables de l'art. 251, il est nécessaire d'examiner l'application pratique des dispositions. La Cour a reçu une myriade de mémoires sur les faits à cet égard. L'une des sources d'information les plus utiles est le rapport Badgley. Le comité sur l'application des dispositions législatives sur l'avortement a été créé par les décrets C.P. 1975-2305, -2306, -2307 du 29 septembre 1975 avec pour mandat «d'entreprendre une étude visant à déterminer si les dispositions prévues par le Code criminel relativement à la pratique d'avortements thérapeutiques sont appliquées de manière équitable dans tout le Canada». Statistique Canada a fourni des statistiques au comité et celui-ci a aussi procédé à ses propres recherches, rencontrant les fonctionnaires des ministères des procureurs généraux et des ministères provinciaux de la santé et procédant à la visite de 140 hôpitaux canadiens. Le comité a aussi fait procéder à des sondages, à l'échelle nationale, sur les hôpitaux, leur personnel, les médecins et les patients. Le comité a conclu en somme que: «Le recours prévu par la Loi sur l'avortement n'est pas appliqué de façon équitable à travers le Canada» (à la p. 19). Bien entendu, cette conclusion n'amène pas nécessairement à dire que la procédure prévue à l'art. 251 viole les principes de justice fondamentale. Une application injuste de la loi peut être imputable à des forces externes qui n'ont rien à voir avec la loi elle-même.

Le rapport Badgley est une mine de renseignements qui démontre cependant qu'un grand nombre des problèmes les plus graves dans l'application de l'art. 251 résultent des exigences administratives et de procédures établies par la loi. Par exemple, le comité Badgley note, à la p. 92:

... la Loi sur l'avortement exige implicitement un minimum de trois médecins qualifiés agissant comme membres du comité de l'avortement thérapeutique, plus un médecin qualifié qui n'est pas membre de ce comité, pour pratiquer l'intervention.

Le comité poursuit avec l'observation suivante (à la p. 113):

Of the 1,348 civilian hospitals in operation in 1976, at least 331 hospitals had less than four physicians on their medical staff. In terms of the distribution of physicians, 24.6 percent of hospitals in Canada did not have a medical staff which was large enough to establish a therapeutic abortion committee and to perform the abortion procedure.

In other words, the seemingly neutral requirement of s. 251(4) that at least four physicians be available to authorize and to perform an abortion meant in practice that abortions would be absolutely unavailable in almost one quarter of all hospitals in Canada.

Other administrative and procedural requirements of s. 251(4) reduce the availability of therapeutic abortions even further. For the purposes of s. 251, therapeutic abortions can only be performed in "accredited" or "approved" hospitals. As noted above, an "approved" hospital is one which a provincial minister of health has designated as such for the purpose of performing therapeutic abortions. The minister is under no obligation to grant any such approval. Furthermore, an "accredited" hospital must not only be accredited by the Canadian Council on Hospital Accreditation, it must also provide specified services. Many Canadian hospitals do not provide all of the required services, thereby being automatically disqualified from undertaking therapeutic abortions. The Badgley Report stressed the remarkable limitations created by these requirements, especially when linked with the four-physician rule discussed above (p. 105):

Of the total of 1,348 non-military hospitals in Canada in 1976, 789 hospitals, or 58.5 percent, were ineligible in terms of their major treatment functions, the size of their medical staff, or their type of facility to establish therapeutic abortion committees.

Moreover, even if a hospital is eligible to create a therapeutic abortion committee, there is no requirement in s. 251 that the hospital need do so. The Badgley Committee discovered that in 1976, of the 559 general hospitals which met the proce-

Sur les 1,348 hôpitaux civils en service en 1976, au moins 331 hôpitaux comptaient moins de quatre médecins membres de leur personnel médical. En ce qui concerne la répartition des médecins, 24.6 pour cent des hôpitaux au Canada n'avaient pas un personnel médical suffisamment important pour pouvoir créer un comité de l'avortement thérapeutique et pratiquer l'avortement.

En d'autres termes, l'obligation du par. 251(4), neutre en apparence, qu'au moins quatre médecins soient disponibles pour autoriser et pratiquer un avortement, signifie en pratique qu'il serait absolument impossible d'obtenir un avortement dans près du quart de tous les hôpitaux au Canada.

D'autres exigences administratives et procédurales du par. 251(4) réduisent la possibilité d'obtenir des avortements thérapeutiques. Pour les fins de l'art. 251, les avortements thérapeutiques ne peuvent être pratiqués que dans des hôpitaux «accrédités» ou «approuvés». Comme il a été dit précédemment, un hôpital «approuvé» est un hôpital que le ministre de la Santé de la province désigne comme tel, afin de lui permettre de pratiquer des avortements thérapeutiques. Le ministre n'a aucune obligation d'octroyer cette approbation. En outre, un hôpital «accrédité» doit non seulement être accrédité par le Conseil canadien d'accréditation des hôpitaux, il doit aussi offrir certains services précis. Un grand nombre d'hôpitaux canadiens n'offrent pas tous les services requis, ce qui leur interdit automatiquement de pratiquer des avortements thérapeutiques. Le rapport Badgley souligne les limitations importantes que ces exigences imposent surtout lorsqu'on les lie avec la règle des quatre médecins mentionnée ci-dessus (à la p. 115):

Sur les 1,348 hôpitaux civils que comptait le Canada en 1976, 789 hôpitaux, soit 58.5 pour cent, n'étaient pas aptes à établir un comité de l'avortement thérapeutique, soit en raison de la spécialisation des traitements fournis dans ces établissements, soit à cause d'un personnel médical insuffisant ou du genre d'installations dont ils disposaient.

De plus, même si un hôpital est autorisé à former un comité de l'avortement thérapeutique, rien dans l'art. 251 ne l'oblige à le faire. Le comité Badgley a découvert qu'en 1976, des 559 hôpitaux généraux qui répondaient aux exigences de procédure

dural requirements of s. 251, only 271 hospitals in Canada, or only 20.1 per cent of the total, had actually established a therapeutic abortion committee (p. 105).

Even though the Badgley Report was issued ten years ago, the relevant statistics do not appear to be out of date. Indeed, Statistics Canada reported that in 1982 the number of hospitals with therapeutic abortion committees had actually fallen to 261. (*Basic Facts on Therapeutic Abortions, Canada: 1982* (1983).) Even more recent data exists for Ontario. In the Powell Report, it was noted that in 1986 only 54 per cent of accredited acute care hospitals in the province had therapeutic abortion committees. In five counties there were no committees at all (p. 24). Of the 95 hospitals with committees, 12 did not do any abortions in 1986 (p. 24).

The Powell Report reveals another serious difficulty with s. 251 procedures. The requirement that therapeutic abortions be performed only in "accredited" or "approved" hospitals effectively means that the practical availability of the exculpatory provisions of subs. (4) may be heavily restricted, even denied, through provincial regulation. In Ontario, for example, the provincial government promulgated O. Reg. 248/70 under *The Public Hospitals Act*, R.S.O. 1960, c. 322, now R.R.O. 1980, Reg. 865. This regulation provides that therapeutic abortion committees can only be established where there are ten or more members on the active medical staff (Powell Report, at p. 13). A minister of health is not prevented from imposing harsher restrictions. During argument, it was noted that it would even be possible for a provincial government, exercising its legislative authority over public hospitals, to distribute funding for treatment facilities in such a way that no hospital would meet the procedural requirements of s. 251(4). Because of the administrative structure established in s. 251(4) and the related definitions, the "defence" created in the section could be completely wiped out.

de l'art. 251, 271 hôpitaux seulement, au Canada, soit seulement 20,1 pour 100 du total, avaient effectivement formé un comité de l'avortement thérapeutique (à la p. 116).

*a* Même si le rapport Badgley remonte à dix ans, les statistiques en cause ne semblent pas périmées. D'ailleurs, Statistique Canada rapportait qu'en 1982 le nombre d'hôpitaux ayant des comités de l'avortement thérapeutique était en fait tombé à 261. (*Principales statistiques sur les avortements thérapeutiques, Canada: 1982* (1983).) Les statistiques pour l'Ontario sont encore plus récentes. Dans le rapport Powell, on mentionne qu'en 1986 seulement 54 pour 100 des hôpitaux accrédités dans la province ayant un département de soins intensifs avaient formé des comités de l'avortement thérapeutique. Dans cinq comtés, il n'y avait aucun comité (à la p. 24). Des 95 hôpitaux ayant des comités, 12 n'avaient pas pratiqué d'avortements en 1986 (à la p. 24).

*e* Le rapport Powell révèle que la procédure de l'art. 251 suscite une autre difficulté grave. L'obligation que les avortements thérapeutiques soient seulement pratiqués dans des hôpitaux «accrédités» ou «approuvés» signifie que le recours en pratique aux dispositions disculpatoires du par. 4 peut être fortement limité et même supprimé par la réglementation provinciale. En Ontario, par exemple, le gouvernement provincial a promulgué le règlement 248/70 en application de *The Public Hospitals Act*, R.S.O. 1960, chap. 322, maintenant R.R.O. 1980, Reg. 865. Ce règlement porte que des comités de l'avortement thérapeutique ne peuvent être formés que si le personnel médical actif compte dix membres ou plus (rapport Powell, à la p. 13). Rien n'interdit au ministre de la Santé d'imposer des restrictions plus draconiennes. Au cours des plaidoiries, on a rappelé qu'il serait même possible pour un gouvernement provincial, dans l'exercice de son autorité législative sur les hôpitaux publics, de distribuer les fonds pour les soins de santé de façon à ce qu'aucun hôpital ne puisse satisfaire aux exigences procédurales du par. 251(4). À cause de la structure administrative établie par le par. 251(4) et des définitions qui s'y rapportent, la «défense» prévue par l'article pourrait disparaître complètement.

A further flaw with the administrative system established in s. 251(4) is the failure to provide an adequate standard for therapeutic abortion committees which must determine when a therapeutic abortion should, as a matter of law, be granted. Subsection (4) states simply that a therapeutic abortion committee may grant a certificate when it determines that a continuation of a pregnancy would be likely to endanger the "life or health" of the pregnant woman. It was noted above that "health" is not defined for the purposes of the section. The Crown admitted in its supplementary factum that the medical witnesses at trial testified uniformly that the "health" standard was ambiguous, but the Crown derives comfort from the fact that "the medical witnesses were unanimous in their approval of the broad World Health Organization definition of health". The World Health Organization defines "health" not merely as the absence of disease or infirmity, but as a state of physical, mental and social well-being.

I do not understand how the mere existence of a workable definition of "health" can make the use of the word in s. 251(4) any less ambiguous when that definition is nowhere referred to in the section. There is no evidence that therapeutic abortion committees are commonly applying the World Health Organization definition. Indeed, the Badgley Report indicates that the situation is quite the contrary (p. 20):

There has been no sustained or firm effort in Canada to develop an explicit and operational definition of health, or to apply such a concept directly to the operation of induced abortion. In the absence of such a definition, each physician and each hospital reaches an individual decision on this matter. How the concept of health is variably defined leads to considerable inequity in the distribution and the accessibility of the abortion procedure.

Various expert doctors testified at trial that therapeutic abortion committees apply widely differing definitions of health. For some committees, psychological health is a justification for therapeutic abortion; for others it is not. Some committees routinely refuse abortions to married women

Le régime administratif établi par le par. 251(4) souffre d'une autre faiblesse: l'absence de norme adéquate à laquelle les comités de l'avortement thérapeutique doivent se référer lorsqu'ils ont à décider si un avortement thérapeutique devrait, en droit, être autorisé. Le paragraphe (4) dit simplement que le comité de l'avortement thérapeutique peut délivrer un certificat lorsqu'il estime que la poursuite de la grossesse pourrait mettre en danger la «vie ou la santé» de la femme enceinte. On a déjà signalé que le terme «santé» n'est pas défini aux fins de l'article. Le ministère public a reconnu dans son mémoire supplémentaire que, dans leurs dépositions au procès, les témoins médicaux ont tous dit que la norme de la "santé" était ambiguë, mais il trouve un certain réconfort dans le fait que [TRADUCTION] «les témoins médicaux ont unanimement approuvé la définition large du terme santé adoptée par l'Organisation mondiale de la santé». L'Organisation mondiale de la santé définit la «santé» non comme l'absence de maladie ou d'infirmité, mais plutôt comme un état physique, mental et social de bien-être.

Je ne comprends pas comment la simple existence d'une définition utilisable du terme «santé» peut rendre l'emploi de ce terme au par. 251(4) moins ambigu, alors que nulle part dans cet article on ne se réfère à cette définition. Il n'y a pas la moindre preuve que les comités de l'avortement thérapeutique appliquent généralement la définition de l'Organisation mondiale de la santé. En fait, le rapport Badgley révèle que c'est exactement le contraire (à la p. 22):

Aucun effort sérieux et soutenu n'a été fait au Canada pour trouver une définition explicite et fonctionnelle de la santé ou pour appliquer un tel concept à l'avortement provoqué. En l'absence d'une telle définition, chaque médecin et chaque hôpital doit prendre une décision personnelle à ce sujet. Les différentes définitions de la santé ont conduit à des inégalités importantes dans la répartition et l'accessibilité du recours à l'avortement.

Plusieurs médecins sont venus témoigner au procès, à titre d'expert, pour dire que les comités de l'avortement thérapeutique appliquent des définitions fort différentes de la santé. Pour certains comités, la santé psychologique justifie un avortement thérapeutique; pour d'autres non. Certains

unless they are in physical danger, while for other committees it is possible for a married woman to show that she would suffer psychological harm if she continued with a pregnancy, thereby justifying an abortion. It is not typically possible for women to know in advance what standard of health will be applied by any given committee. Parker A.C.J.H.C., at p. 377, found clear evidence that s. 251(4) provided no adequate guidelines for therapeutic abortion committees charged with determining when an abortion should legally be available:

The [Badgley] report, and other evidence adduced in support of this motion, indicates that each therapeutic abortion committee is free to establish its own guidelines and many committees apply arbitrary requirements. Some committees refuse to approve applications for second abortions unless the patient consents to sterilization, others require psychiatric assessment, and others do not grant approval to married women.

It is no answer to say that "health" is a medical term and that doctors who sit on therapeutic abortion committees must simply exercise their professional judgment. A therapeutic abortion committee is a strange hybrid, part medical committee and part legal committee. Again, in the words of Parker A.C.J.H.C., at p. 381:

Given the consequences of the issuing or refusing to issue a certificate, I have some difficulty in reducing the committee's powers to merely that of stating its opinion as to the likelihood of the continuation of the pregnancy endangering the applicant's life or health. The decision of the committee has a very real effect on access to abortion for the pregnant female applicant, and the potential criminal liability of both the applicant and the physician who performs the operation.

When the decision of the therapeutic abortion committee is so directly laden with legal consequences, the absence of any clear legal standard to be applied by the committee in reaching its decision is a serious procedural flaw.

comités refusent habituellement un avortement aux femmes mariées, à moins qu'elles ne soient physiquement en danger, alors que, pour d'autres comités, il est possible à une femme mariée de démontrer qu'elle subirait un préjudice psychologique si la grossesse se poursuivait, et de justifier ainsi un avortement. Il n'est, en général, pas possible que les femmes sachent à l'avance quelle norme de santé un comité donné appliquera. Le juge en chef adjoint Parker, à la p. 377, a jugé que la preuve montrait clairement que le par. 251(4) ne fournit pas de directives adéquates aux comités de l'avortement thérapeutique chargés de décider quand, légalement, il peut y avoir avortement:

[TRADUCTION] Le rapport [Badgley], et d'autres preuves présentées pour étayer cette requête montrent que chaque comité de l'avortement thérapeutique est libre de se doter de ses propres directives et que de nombreux comités ont des exigences arbitraires. Certains comités rejettent les demandes de deuxième avortement, à moins que la patiente ne consente à la stérilisation; d'autres exigent un examen psychiatrique et d'autres encore n'accordent pas d'approbation dans le cas des femmes mariées.

Il ne sert à rien de dire que le terme «santé» est un terme médical et que les médecins qui siègent aux comités de l'avortement thérapeutique ne font qu'exercer leur jugement professionnel. Un comité de l'avortement thérapeutique est un hybride étrange, en partie comité médical et en partie comité légal. Ici encore, pour reprendre les propos du juge en chef adjoint Parker, à la p. 381:

[TRADUCTION] Étant donné les conséquences de la délivrance ou du refus de délivrer un certificat, il m'est difficile de réduire les pouvoirs du comité à une simple déclaration d'opinion sur les risques pour la vie ou la santé de la requérante s'il y a poursuite de la grossesse. La décision du comité a des effets très réels sur l'obtention d'un avortement par la femme enceinte requérante et sur l'éventuelle responsabilité criminelle que pourraient encourir tant la requérante que le médecin qui procède à l'intervention.

Lorsque la décision du comité de l'avortement thérapeutique a des conséquences juridiques aussi directes, l'absence de norme légale claire à appliquer par le comité pour arriver à sa décision constitue un vice de procédure grave.



The combined effect of all of these problems with the procedure stipulated in s. 251 for access to therapeutic abortions is a failure to comply with the principles of fundamental justice. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, Lamer J. held, at p. 503, that "the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system". One of the basic tenets of our system of criminal justice is that when Parliament creates a defence to a criminal charge, the defence should not be illusory or so difficult to attain as to be practically illusory. The criminal law is a very special form of governmental regulation, for it seeks to express our society's collective disapprobation of certain acts and omissions. When a defence is provided, especially a specifically-tailored defence to a particular charge, it is because the legislator has determined that the disapprobation of society is not warranted when the conditions of the defence are met.

Consider then the case of a pregnant married woman who wishes to apply for a therapeutic abortion certificate because she fears that her psychological health would be impaired seriously if she carried the foetus to term. The uncontroverted evidence reveals that there are many areas in Canada where such a woman would simply not have access to a therapeutic abortion. She may live in an area where no hospital has four doctors; no therapeutic abortion committee can be created. Equally, she may live in a place where the treatment functions of the nearby hospitals do not satisfy the definition of "accredited hospital" in s. 251(6). Or she may live in a province where the provincial government has imposed such stringent requirements on hospitals seeking to create therapeutic abortion committees that no hospital can qualify. Alternatively, our hypothetical woman may confront a therapeutic abortion committee in her local hospital which defines "health" in purely physical terms or which refuses to countenance abortions for married women. In each of these cases, it is the administrative structures and procedures established by s. 251 itself that would in

L'effet combiné de tous ces problèmes et de la procédure établie par l'art. 251 pour l'obtention des avortements thérapeutiques constitue un manquement aux principes de justice fondamentale. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, le juge Lamer dit, à la p. 503: «les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique». L'un des préceptes fondamentaux de notre système de justice criminelle est que, lorsque le Parlement crée une défense à l'égard d'une accusation criminelle, celle-ci ne doit être ni illusoire ni à ce point difficile à faire valoir qu'elle soit illusoire en pratique. Le droit criminel constitue une forme très spéciale de réglementation gouvernementale, car il cherche à exprimer la désapprobation collective de notre société pour certains actes ou omissions. Lorsqu'un moyen de défense est prévu, surtout lorsqu'il s'agit d'un moyen de défense conçu spécifiquement pour une accusation particulière, c'est parce que le législateur a jugé que la désapprobation de la société n'est pas justifiée lorsque les conditions de ce moyen de défense sont remplies.

Prenons donc le cas d'une femme mariée enceinte qui désire demander un certificat d'avortement thérapeutique parce qu'elle craint que sa santé psychologique soit gravement atteinte si elle mène le foetus à terme. D'après la preuve indiscutée, il existe de nombreuses régions au Canada où cette femme ne pourrait tout simplement pas obtenir un avortement thérapeutique. Il se peut qu'elle vive dans une région où il n'y a pas d'hôpitaux où exercent quatre médecins; aucun comité d'avortement thérapeutique ne peut être créé. De même, il se peut qu'elle vive dans une région où les traitements qu'assurent les hôpitaux alentour ne répondent pas à la définition d'«hôpital accrédité» du par. 251(6). Ou il se peut qu'elle habite dans une province où le gouvernement provincial a imposé aux hôpitaux désireux de former des comités de l'avortement thérapeutique des conditions si rigoureuses qu'aucun hôpital ne peut y satisfaire. Ou encore, notre femme hypothétique peut avoir affaire à un comité de l'avortement thérapeutique, à l'hôpital local, qui définit la «santé» en termes purement somatiques ou qui refuse d'approuver l'avortement pour les femmes mariées. Dans

practice prevent the woman from gaining the benefit of the defence held out to her in s. 251(4).

The facts indicate that many women do indeed confront these problems. Doctors from the Chedoke-McMaster Hospital in Hamilton testified that they received telephone calls from women throughout Ontario who had applied for therapeutic abortions at local hospitals and been refused. At one point, 80 per cent of abortion patients at Chedoke-McMaster were from outside Hamilton, and the hospital was forced to restrict access for women from outside its catchment area. The Powell Report revealed that in over 50 per cent of Ontario counties in 1986, the majority of women obtaining abortions had the procedure away from their place of residence (p. 7). Even more telling is the fact that "a minimum of 5000 Ontario women obtain abortions each year in free-standing clinics in Canada and the United States" (p. 7).

The Crown argues in its supplementary factum that women who face difficulties in obtaining abortions at home can simply travel elsewhere in Canada to procure a therapeutic abortion. That submission would not be especially troubling if the difficulties facing women were not in large measure created by the procedural requirements of s. 251 itself. If women were seeking anonymity outside their home town or were simply confronting the reality that it is often difficult to obtain medical services in rural areas, it might be appropriate to say "let them travel". But the evidence establishes convincingly that it is the law itself which in many ways prevents access to local therapeutic abortion facilities. The enormous emotional and financial burden placed upon women who must travel long distances from home to obtain an abortion is a burden created in many instances by Parliament. Moreover, it is not accurate to say to women who would seem to qualify under s. 251(4) that they can get a therapeutic abortion as long as

chacun de ces cas, ce sont les structures administratives et la procédure établie par l'art. 251 lui-même qui, en pratique, interdisent à cette femme de se prévaloir de la défense que lui accorde le par. a 251(4).

Les faits démontrent qu'un grand nombre de femmes se trouvent dans une situation de ce genre. Les médecins de l'hôpital Chedoke-McMaster d'Hamilton ont témoigné avoir reçu des appels téléphoniques de femmes de toutes les régions de l'Ontario qui avaient fait sans succès une demande d'avortement thérapeutique aux hôpitaux locaux. À une certaine époque, 80 pour 100 des patientes admises à Chedoke-McMaster pour se faire avorter venaient de l'extérieur d'Hamilton, aussi l'hôpital a-t-il été forcé de limiter l'admission des femmes venant de l'extérieur de la zone qu'il dessert. Le rapport Powell révèle que, dans plus de 50 pour 100 des comtés de l'Ontario, en 1986, la majorité des femmes qui ont obtenu un avortement l'ont fait à l'extérieur de leur lieu de résidence (à la p. 7). Mais, fait plus révélateur encore, [TRA-  
DUCTION] «un minimum de cinq mille Ontariennes se font chaque année avorter dans des cliniques indépendantes, au Canada et aux États-Unis» (à la p. 7).

Le ministère public soutient, dans son mémoire additionnel, que les femmes qui éprouvent des difficultés à se faire avorter au lieu de leur domicile n'ont qu'à se déplacer pour obtenir un avortement thérapeutique ailleurs au Canada. Cet argument ne serait pas spécialement gênant si les difficultés auxquelles les femmes ont à faire face ne résultaient pas dans une large mesure des exigences procédurales de l'art. 251 lui-même. Si les femmes ne faisaient que rechercher l'anonymat en allant ailleurs ou se trouvaient simplement confrontées aux difficultés habituelles qu'il y a à obtenir des soins médicaux dans les régions rurales, il pourrait être approprié de dire «qu'elles aillent ailleurs». Mais la preuve établit de façon concluante que c'est la loi elle-même qui, de bien des manières, les empêche d'avoir accès aux institutions locales offrant l'avortement thérapeutique. L'énorme fardeau émotionnel et financier imposé aux femmes qui doivent se déplacer loin de chez elles pour obtenir un avortement est un fardeau

they are willing to travel. Ms. Carolyn Egan, administrative co-ordinator of the Birth Control and Venereal Disease Centre of Toronto, testified that many hospitals in Toronto had been forced to establish arbitrary abortion quotas, and that some Toronto hospitals restricted access to women inside the geographical area the hospitals were designated to serve. A woman from outside Toronto could run into serious difficulties attempting to procure a therapeutic abortion in that city. As noted above, the situation in Hamilton is now comparable to that in Toronto, because of the geographic restrictions imposed at the Chedoke-McMaster Hospital. Meanwhile, of course, days and weeks may pass and a woman may ultimately be forced to undergo a more dangerous abortion procedure. Or she may become desperate and choose to travel even further afield, to Quebec or to the United States, to obtain an abortion in a free-standing clinic.

A majority of this Court held in *R. v. Jones*, at p. 304, *per La Forest J.*, that:

The provinces must be given room to make choices regarding the type of administrative structure that will suit their needs unless the use of such structure is in itself so manifestly unfair, having regard to the decisions it is called upon to make, as to violate the principles of fundamental justice. [Emphasis in original.]

Similarly, Parliament must be given room to design an appropriate administrative and procedural structure for bringing into operation a particular defence to criminal liability. But if that structure is "so manifestly unfair, having regard to the decisions it is called upon to make, as to violate the principles of fundamental justice", that structure must be struck down. In the present case, the structure — the system regulating access to therapeutic abortions — is manifestly unfair. It contains so many potential barriers to its own operation that the defence it creates will in many circumstances be practically unavailable to women

créé dans bien des cas par le Parlement. En outre, il n'est pas exact de dire aux femmes qui, au départ, sembleraient admissibles en vertu du par. 251(4) qu'elles pourront obtenir un avortement thérapeutique pourvu qu'elles acceptent de se déplacer. Madame Carolyn Egan, coordonnatrice administrative du Birth Control and Venereal Disease Centre de Toronto, a déclaré dans son témoignage que de nombreux hôpitaux de Toronto avaient été forcés de contourner arbitrairement les avortements et que certains hôpitaux torontois n'admettaient que les femmes résidant dans la zone géographique qu'ils devaient desservir. Une femme de l'extérieur de Toronto peut éprouver de sérieuses difficultés à obtenir un avortement thérapeutique dans cette ville. Comme on l'a dit précédemment, la situation à Hamilton se compare maintenant à celle de Toronto, vu les restrictions géographiques imposées à l'hôpital Chedoke-McMaster. Entre temps, bien entendu, les jours et les semaines passent et une femme peut être finalement obligée de subir un avortement selon une procédure plus dangereuse. Ou elle peut en désespoir de cause choisir d'aller plus loin encore, au Québec ou aux États-Unis, pour obtenir un avortement dans une clinique indépendante.

La Cour, à la majorité, a déjà jugé dans l'arrêt *R. c. Jones*, à la p. 304 (le juge La Forest), que:

Les provinces doivent avoir la possibilité de faire des choix quant au type de structure administrative qui répondra à leurs besoins, à moins que le recours à une telle structure ne soit en lui-même nettement injuste, compte tenu des décisions qu'elle est appelée à prendre, au point de violer les principes de justice fondamentale. [Souligné dans l'original.]

De même, le Parlement doit avoir la latitude voulue pour concevoir une structure administrative et procédurale appropriée qui permette à une défense particulière de jouer, afin d'éviter une responsabilité criminelle. Mais, si cette structure est «nettement injuste, compte tenu des décisions qu'elle est appelée à prendre, au point de violer les principes de justice fondamentale», elle doit être invalidée. En l'espèce, la structure — le système régissant l'accès aux avortements thérapeutiques — est manifestement injuste. Elle comporte tellement de barrières potentielles à son propre fonctionnement que la défense qu'elle institue sera,

who would *prima facie* qualify for the defence, or at least would force such women to travel great distances at substantial expense and inconvenience in order to benefit from a defence that is held out to be generally available.

I conclude that the procedures created in s. 251 of the *Criminal Code* for obtaining a therapeutic abortion do not comport with the principles of fundamental justice. It is not necessary to determine whether s. 7 also contains a substantive content leading to the conclusion that, in some circumstances at least, the deprivation of a pregnant woman's right to security of the person can never comport with fundamental justice. Simply put, assuming Parliament can act, it must do so properly. For the reasons given earlier, the deprivation of security of the person caused by s. 251 as a whole is not in accordance with the second clause of s. 7. It remains to be seen whether s. 251 can be justified for the purposes of s. 1 of the *Charter*.

V

### Section 1 Analysis

Section 1 of the *Charter* can potentially be used to "salvage" a legislative provision which breaches s. 7: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, per Lamer J., at p. 520. The principles governing the necessary analysis under s. 1 were set down in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, and, more precisely, in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. A statutory provision which infringes any section of the *Charter* can only be saved under s. 1 if the party seeking to uphold the provision can demonstrate first, that the objective of the provision is "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom" (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, at p. 352) and second, that the means chosen in overriding the right or freedom are reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. This second aspect ensures that the legislative means are proportional to the legislative ends (*Oakes*, at pp. 139-40). In *Oakes*, at p. 139, the Court referred to three considerations which are typically useful in assessing the

dans de nombreuses circonstances, hors de portée en pratique des femmes qui, au départ, auraient pu s'en prévaloir ou, à tout le moins, forcera ces femmes à se déplacer sur de grandes distances et à subir de grands frais et inconvénients pour bénéficier d'une défense que l'on considère généralement ouverte à tous.

Je conclus que la procédure instituée par l'art. 251 du *Code criminel* pour obtenir un avortement thérapeutique n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Il n'est pas nécessaire de déterminer si l'art. 7 a aussi un contenu de droit positif dont on peut conclure que, dans certaines circonstances au moins, l'atteinte au droit d'une femme enceinte à la sécurité de sa personne ne peut jamais s'accorder avec la justice fondamentale. En bref, si l'on présume que le Parlement peut agir, il doit le faire de la façon appropriée. Pour les motifs déjà exposés, l'atteinte à la sécurité de la personne causée par l'art. 251 dans son ensemble n'est pas conforme au second volet de l'art. 7. Il reste à voir si l'art. 251 peut être justifié en raison de l'article premier de la *Charte*.

V

### Analyse de l'article premier

L'article premier de la *Charte* peut potentiellement servir à «sauvegarder» une disposition législative qui enfreint l'art. 7: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, le juge Lamer, à la p. 520. Les principes régissant l'analyse requise aux termes de l'article premier ont été énoncés dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* et, de façon plus précise encore, dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Une disposition législative qui enfreint un article de la *Charte* ne peut être sauvegardée en vertu de l'article premier que si la partie qui en soutient la validité peut démontrer, en premier lieu, que l'objectif de la disposition est «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution» (arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, à la p. 352) et, en second lieu, que les moyens choisis pour l'emporter sur le droit ou la liberté sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique. Ce second aspect fait en sorte que les moyens législatifs soient propor-

proportionality of means to ends. First, the means chosen to achieve an important objective should be rational, fair and not arbitrary. Second, the legislative means should impair as little as possible the right or freedom under consideration. Third, the effects of the limitation upon the relevant right or freedom should not be out of proportion to the objective sought to be achieved.

The appellants contended that the sole purpose of s. 251 of the *Criminal Code* is to protect the life and health of pregnant women. The respondent Crown submitted that s. 251 seeks to protect not only the life and health of pregnant women, but also the interests of the foetus. On the other hand, the Crown conceded that the Court is not called upon in this appeal to evaluate any claim to "foetal rights" or to assess the meaning of "the right to life". I expressly refrain from so doing. In my view, it is unnecessary for the purpose of deciding this appeal to evaluate or assess "foetal rights" as an independent constitutional value. Nor are we required to measure the full extent of the state's interest in establishing criteria unrelated to the pregnant woman's own priorities and aspirations. What we must do is evaluate the particular balance struck by Parliament in s. 251, as it relates to the priorities and aspirations of pregnant women and the government's interests in the protection of the foetus.

Section 251 provides that foetal interests are not to be protected where the "life or health" of the woman is threatened. Thus, Parliament itself has expressly stated in s. 251 that the "life or health" of pregnant women is paramount. The procedures of s. 251(4) are clearly related to the pregnant woman's "life or health" for that is the very phrase used by the subsection. As McIntyre J. states in his reasons (at p. 155), the aim of s. 251(4) is "to restrict abortion to cases where the continuation of the pregnancy would, or would likely, be injurious

tionnels aux fins législatives (*Oakes*, aux pp. 139-140). Dans l'arrêt *Oakes*, à la p. 139, la Cour se réfère à trois facteurs particulièrement utiles à l'évaluation de la proportionnalité entre les moyens et les fins. En premier lieu, les moyens choisis pour atteindre un objectif important doivent être rationnels, justes et non arbitraires. En second lieu, les moyens législatifs doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en cause. En troisième lieu, les effets de la restriction du droit ou de la liberté en cause ne doivent pas être disproportionnés par rapport à l'objectif recherché.

Les appelants soutiennent que l'art. 251 du *Code criminel* a pour seul but la protection de la vie et de la santé des femmes enceintes. Le ministre public intimé fait valoir que l'art. 251 cherche à protéger non seulement la vie et la santé des femmes enceintes, mais aussi les intérêts du fœtus. D'autre part, le ministère public a reconnu que la Cour n'est pas invitée en l'espèce à évaluer des arguments relatifs aux «droits du fœtus» ni à déterminer le sens du «droit à la vie». Je m'abstiens expressément de me prononcer à cet égard. À mon avis, il n'est pas nécessaire, pour les besoins de l'espèce, d'évaluer ou de déterminer les «droits du fœtus» en tant que valeur constitutionnelle indépendante. Il n'est pas non plus requis de prendre toute la mesure de l'intérêt qu'a l'État à établir des critères indépendants des propres priorités et aspirations d'une femme enceinte. Ce que nous devons faire, c'est évaluer l'équilibre particulier établi par le Parlement à l'art. 251, dans la mesure où il se rapporte aux priorités et aspirations des femmes enceintes et les intérêts qu'a le gouvernement à protéger le fœtus.

L'article 251 prescrit que les intérêts du fœtus ne doivent pas être protégés lorsque "la vie ou la santé" de la femme est en danger. Le Parlement a donc lui-même expressément déclaré à l'art. 251 que "la vie ou la santé" des femmes enceintes l'emporte. Il est clair que la procédure prévue au par. 251(4) se rapporte à "la vie ou la santé" de la femme enceinte, car c'est l'expression même utilisée dans le paragraphe. Comme le juge McIntyre le dit dans ses motifs (à la p. 155), le but du par. 251(4) vise "à limiter l'avortement aux cas où la

to the life or health of the woman concerned, not to provide unrestricted access to abortion." I have no difficulty in concluding that the objective of s. 251 as a whole, namely, to balance the competing interests identified by Parliament, is sufficiently important to meet the requirements of the first step in the *Oakes* inquiry under s. 1. I think the protection of the interests of pregnant women is a valid governmental objective, where life and health can be jeopardized by criminal sanctions. Like *Beetz and Wilson JJ.*, I agree that protection of foetal interests by Parliament is also a valid governmental objective. It follows that balancing these interests, with the lives and health of women a major factor, is clearly an important governmental objective. As the Court of Appeal stated at p. 366, "the contemporary view [is] that abortion is not always socially undesirable behavior."

I am equally convinced, however, that the means chosen to advance the legislative objectives of s. 251 do not satisfy any of the three elements of the proportionality component of *R. v. Oakes*. The evidence has led me to conclude that the infringement of the security of the person of pregnant women caused by s. 251 is not accomplished in accordance with the principles of fundamental justice. It has been demonstrated that the procedures and administrative structures created by s. 251 are often arbitrary and unfair. The procedures established to implement the policy of s. 251 impair s. 7 rights far more than is necessary because they hold out an illusory defence to many women who would *prima facie* qualify under the exculpatory provisions of s. 251(4). In other words, many women whom Parliament professes not to wish to subject to criminal liability will nevertheless be forced by the practical unavailability of the supposed defence to risk liability or to suffer other harm such as a traumatic late abortion caused by the delay inherent in the s. 251 system. Finally, the effects of the limitation upon the s. 7 rights of many pregnant women are out of proportion to the objective sought to be achieved. Indeed, to the

continuation de la grossesse nuirait ou nuirait probablement à la vie ou à la santé de la femme en cause, et non pas à donner la possibilité illimitée de se faire avorter». Il ne m'est donc pas difficile de conclure que l'objectif de l'art. 251 dans son ensemble, soit d'équilibrer les intérêts en concurrence identifiés par le Parlement, est suffisamment important pour répondre aux exigences du premier volet de l'analyse, selon l'arrêt *Oakes*, au regard de l'article premier. Je pense que la protection des intérêts des femmes enceintes est un objectif gouvernemental valide, lorsque la vie et la santé peuvent être mises en danger par des sanctions criminelles. Comme les juges *Beetz et Wilson*, je suis d'accord pour dire que la protection des intérêts du fœtus par le Parlement constitue aussi un objectif gouvernemental valide. Il s'ensuit qu'équilibrer ces intérêts, la vie et la santé des femmes étant un facteur majeur, est clairement un objectif gouvernemental important. Comme la Cour d'appel l'a dit à la p. 366 [TRADUCTION] «le point de vue contemporain [est que] l'avortement n'est pas toujours une conduite socialement répréhensible».

Je suis également convaincu, néanmoins, que les moyens choisis pour atteindre les objectifs législatifs de l'art. 251 ne sont conformes à aucun des trois éléments de la proportionnalité énoncée par l'arrêt *R. c. Oakes*. La preuve m'a amené à conclure que l'atteinte à la sécurité de la personne des femmes enceintes causée par l'art. 251 n'est pas conforme avec les principes de justice fondamentale. Il a été démontré que la procédure et les structures administratives instaurées par l'art. 251 sont souvent arbitraires et injustes. La procédure établie pour mettre en œuvre la politique de l'art. 251 porte atteinte aux droits garantis par l'art. 7 au-delà de ce qui est nécessaire, puisqu'elle ne fournit qu'une défense illusoire à nombre de femmes qui, *prima facie*, pourraient se prévaloir des dispositions disculpatoires du par. 251(4). En d'autres termes, beaucoup de femmes que le Parlement prétend ne pas vouloir tenir criminellement responsables seront néanmoins forcées, par l'impossibilité pratique de se prévaloir de cette supposée défense, de prendre le risque d'être tenues responsables ou de s'exposer à un autre danger, tel un avortement tardif traumatisant, en raison des délais inhérents au système de l'art. 251. Enfin,

extent that s. 251(4) is designed to protect the life and health of women, the procedures it establishes may actually defeat that objective. The administrative structures of s. 251(4) are so cumbersome that women whose health is endangered by pregnancy may not be able to gain a therapeutic abortion, at least without great trauma, expense and inconvenience.

I conclude, therefore, that the cumbersome structure of subs. (4) not only unduly subordinates the s. 7 rights of pregnant women but may also defeat the value Parliament itself has established as paramount, namely, the life and health of the pregnant woman. As I have noted, counsel for the Crown did contend that one purpose of the procedures required by subs. (4) is to protect the interests of the foetus. State protection of foetal interests may well be deserving of constitutional recognition under s. 1. Still, there can be no escape from the fact that Parliament has failed to establish either a standard or a procedure whereby any such interests might prevail over those of the woman in a fair and non-arbitrary fashion.

Section 251 of the *Criminal Code* cannot be saved, therefore, under s. 1 of the *Charter*.

## VI

### Defence Counsel's Address to the Jury

In his concluding remarks to the jury at the trial of the appellants, defence counsel asserted:

The judge will tell you what the law is. He will tell you about the ingredients of the offence, what the Crown has to prove, what the defences may be or may not be, and you must take the law from him. But I submit to you that it is up to you and you alone to apply the law to this evidence and you have a right to say it shouldn't be applied.

pour nombre de femmes enceintes, les effets de la limitation des droits garantis par l'art. 7 sont disproportionnés par rapport à l'objectif recherché. D'ailleurs, dans la mesure où le par. 251(4) est conçu pour la protection de la vie et la santé des femmes, la procédure qu'il établit peut, en fait, mettre cet objectif en échec. Les structures administratives du par. 251(4) sont si lourdes que les femmes dont la santé est menacée par leur grossesse peuvent se trouver dans l'impossibilité d'obtenir un avortement thérapeutique, si ce n'est au prix de traumatismes, de dépenses et d'inconvénients majeurs.

Je conclus donc que la structure lourde du par. (4) non seulement assujettit indûment les droits des femmes enceintes en vertu de l'art. 7, mais peut aussi mettre en échec la valeur que le Parlement lui-même a établie comme la plus importante, soit la vie et la santé de la femme enceinte. Comme je l'ai noté, le substitut du procureur général a effectivement plaidé que l'un des buts de la procédure établie par le par. (4) est de protéger les intérêts du fœtus. La protection des intérêts du fœtus par l'État peut bien mériter une reconnaissance constitutionnelle en vertu de l'article premier. Cependant, on ne peut échapper au fait que le Parlement a omis d'établir soit une norme soit une procédure par laquelle de tels intérêts pourraient prévaloir sur ceux de la femme d'une façon juste et non arbitraire.

L'article 251 du *Code criminel* ne peut donc être sauvegardé en vertu de l'article premier de la *Charte*.

## VI

### La plaidoirie de l'avocat de la défense à l'intention du jury

En terminant sa plaidoirie au procès des appelants, l'avocat de la défense, s'adressant au jury, a déclaré:

[TRADUCTION] Le juge va vous dire quel est le droit. Il vous dira quels éléments composent l'infraction, ce que le ministère public doit prouver, quelles défenses sont ou ne sont pas admissibles, et vous devez prendre son énoncé du droit. Mais moi je vous dis que c'est à vous, et à vous seul, d'appliquer le droit à ces éléments de preuve et vous avez le droit de dire qu'il ne devrait pas être appliqué.

The burden of his argument was that the jury should not apply s. 251 if they thought that it was a bad law, and that, in refusing to apply the law, they could send a signal to Parliament that the law should be changed. Although my disposition of the appeal makes it unnecessary, strictly speaking, to review Mr. Manning's argument before the jury, I find the argument so troubling that I feel compelled to comment.

It has long been settled in Anglo-Canadian criminal law that in a trial before judge and jury, the judge's role is to state the law and the jury's role is to apply that law to the facts of the case. In *Joshua v. The Queen*, [1955] A.C. 121 (P.C.), at p. 130, Lord Oaksey enunciated the principle succinctly:

It is a general principle of British law that on a trial by jury it is for the judge to direct the jury on the law and in so far as he thinks necessary on the facts, but the jury, whilst they must take the law from the judge, are the sole judges on the facts.

The jury is one of the great protectors of the citizen because it is composed of twelve persons who collectively express the common sense of the community. But the jury members are not expert in the law, and for that reason they must be guided by the judge on questions of law.

The contrary principle contended for by Mr. Manning, that a jury may be encouraged to ignore a law it does not like, could lead to gross inequities. One accused could be convicted by a jury who supported the existing law, while another person indicted for the same offence could be acquitted by a jury who, with reformist zeal, wished to express disapproval of the same law. Moreover, a jury could decide that although the law pointed to a conviction, the jury would simply refuse to apply the law to an accused for whom it had sympathy. Alternatively, a jury who feels antipathy towards an accused might convict despite a law which points to acquittal. To give a harsh but I think telling example, a jury fueled by the passions of racism could be told that they need not apply the law against murder to a white man who had killed a black man. Such a possibility need only be stated to reveal the potentially frightening implications of

Essentiellement, cette plaidoirie soutient que le jury ne devrait pas appliquer l'art. 251 s'il pense qu'il s'agit d'une mauvaise loi et que, en refusant d'appliquer la loi, il signale au Parlement qu'il faut la changer. Quoique, vu la façon dont je me prononce en l'espèce, il ne me soit pas nécessaire, à strictement parler, d'examiner la plaidoirie de M<sup>e</sup> Manning devant le jury, l'argument m'a paru si troublant que je me sens obligé de le commenter.

Il est établi depuis longtemps en droit criminel anglo-canadien que, dans un procès devant un juge et un jury, le rôle du juge consiste à dire le droit et celui du jury à appliquer ce droit aux faits de l'espèce. Dans l'arrêt *Joshua v. The Queen*, [1955] A.C. 121 (C.P.), à la p. 130, Lord Oaksey énonce succinctement ce principe:

[TRADUCTION] C'est un principe général du droit britannique qu'au cours d'un procès par jury, il appartient au juge d'instruire le jury sur le droit et, dans la mesure où il l'estime nécessaire, sur les faits, mais que le jury, s'il doit prendre le droit tel qu'il lui est dicté par le juge, reste seul juge des faits.

Le jury est l'un des grands protecteurs du citoyen puisqu'il est composé de douze personnes qui expriment collectivement le bon sens de la société. Mais les membres du jury ne sont pas des experts en droit et, pour cette raison, ils doivent être guidés par le juge sur les questions de droit.

Le principe contraire avancé par M<sup>e</sup> Manning selon lequel on peut encourager le jury à ignorer une règle de droit qu'il n'aime pas, pourrait conduire à de graves inéquités. Un jury pourrait appliquer le droit en vigueur et condamner un accusé alors qu'un autre jury, plein de zèle réformiste, acquitterait un autre inculpé de la même infraction pour exprimer sa désapprobation du même principe. En outre, le jury pourrait décider que, si la loi oblige à condamner, il refuse néanmoins d'appliquer la loi à un accusé sympathique. Au contraire, un jury auquel un accusé est antipathique pourrait le condamner, en dépit de la loi qui exige l'acquiescement. Pour donner un exemple brutal mais, me semble-t-il, frappant, un jury entraîné par les passions du racisme pourrait se faire dire qu'il n'a pas à appliquer, à un blanc qui a tué un noir, la loi qui interdit le meurtre. Il suffit d'évoquer cette possibilité pour saisir les répercussions potentielle-



Mr. Manning's assertions. The dangerous argument that a jury may be encouraged to disregard the law was castigated as long ago as 1784 by Lord Mansfield in a criminal libel case, *R. v. Shipley* (1784), 4 Dougl. 73, 99 E.R. 774, at p. 824:

So the jury who usurp the judicature of law, though they happen to be right, are themselves wrong, because they are right by chance only, and have not taken the constitutional way of deciding the question. It is the duty of the Judge, in all cases of general justice, to tell the jury how to do right, though they have it in their power to do wrong, which is a matter entirely between God and their own consciences.

To be free is to live under a government by law . . . Miserable is the condition of individuals, dangerous is the condition of the State, if there is no certain law, or, which is the same thing, no certain administration of law, to protect individuals, or to guard the State.

In opposition to this, what is contended for? — That the law shall be, in every particular cause, what any twelve men, who shall happen to be the jury, shall be inclined to think; liable to no review, and subject to no control, under all the prejudices of the popular cry of the day, and under all the bias of interest in this town, where thousands, more or less, are concerned in the publication of newspapers, paragraphs, and pamphlets. Under such an administration of law, no man could tell, no counsel could advise, whether a paper was or was not punishable.

I can only add my support to that eloquent statement of principle.

It is no doubt true that juries have a *de facto* power to disregard the law as stated to the jury by the judge. We cannot enter the jury room. The jury is never called upon to explain the reasons which lie behind a verdict. It may even be true that in some limited circumstances the private decision of a jury to refuse to apply the law will constitute, in the words of a Law Reform Commission of Canada working paper, "the citizen's ultimate protection against oppressive laws and the oppressive enforcement of the law" (Law Reform Commission of Canada, Working Paper 27, *The Jury in Criminal Trials* (1980)). But recognizing this reality is a far cry from suggesting that coun-

ment effrayantes des assertions de M<sup>e</sup> Manning. Lord Mansfield critiquait déjà en 1784 ce dangereux argument qu'un jury peut être encouragé à ne pas tenir compte de la loi dans une affaire de libelle criminel dans l'arrêt *R. v. Shipley* (1784), 4 Dougl. 73, 99 E.R. 774, à la p. 824:

[TRADUCTION] Ainsi le jury qui usurpe le pouvoir de se prononcer sur la loi, même s'il se trouve à juger bien, a néanmoins tort, parce qu'il juge bien par pur hasard, sans emprunter la façon constitutionnelle de trancher la question. C'est le devoir du juge, dans toutes les affaires de droit commun, de dire aux jurés comment rendre justice, bien qu'il soit en leur pouvoir de ne pas la rendre, ce qui est une affaire entièrement entre Dieu et leur propre conscience.

Être libre, c'est vivre sous la tutelle de la loi [ . . . ] Misérable est la condition des individus, dangereuse est celle de l'État, si aucune loi n'est certaine ou, ce qui revient au même, s'il n'y a aucune certitude qu'elle sera appliquée pour protéger les individus ou garder l'État.

Contre cela que prétend-on? — Que la loi doit être, dans chaque cas particulier, ce que douze hommes, dont le hasard a voulu qu'ils forment le jury, sont enclins à penser; et cela sans qu'aucun appel ne soit possible, hors de tout contrôle, sous l'influence de tous les préjugés de la rumeur publique du jour et de la partialité engendrée par l'intérêt dans cette ville alors que des milliers, à peu de chose près, ont intérêt à ce que soient publiés journaux, brochures et dépliants. Selon une telle application de la loi, nul ne pourrait dire, aucun avocat ne pourrait donner pour avis qu'un article est ou non sujet à sanction.

Je ne puis que souscrire à cet énoncé éloquent du principe.

Certes, il est vrai que le jury jouit *de facto* du pouvoir de ne pas tenir compte des règles de droit que lui dicte le juge. Nous ne pouvons pénétrer dans la salle des délibérations du jury. Le jury n'a jamais à expliquer les raisons qui sous-tendent son verdict. Il se peut même que, dans certaines circonstances limitées, la décision secrète d'un jury de refuser d'appliquer la loi fasse de lui, pour reprendre les termes du document de travail de la Commission de réforme du droit du Canada: le "protecteur ultime des citoyens contre l'application arbitraire de la loi et contre l'oppression du gouvernement" (C.R.D.C., Document de travail 27, *Le jury en droit pénal* (1980)). Mais reconnaître

sel may encourage a jury to ignore a law they do not support or to tell a jury that it has a right to do so. The difference between accepting the reality of *de facto* discretion in applying the law and elevating such discretion to the level of a right was stated clearly by the United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, in *United States v. Dougherty*, 473 F.2d 1113 (1972), *per* Leventhal J., at p. 1134:

The jury system has worked out reasonably well overall, providing "play in the joints" that imparts flexibility and avoid[s] undue rigidity. An equilibrium has evolved — an often marvelous balance — with the jury acting as a "safety valve" for exceptional cases, without being a wildcat or runaway institution. There is reason to believe that the simultaneous achievement of modest jury equity and avoidance of intolerable caprice depends on formal instructions that do not expressly delineate a jury charter to carve out its own rules of law.

To accept Mr. Manning's argument that defence counsel should be able to encourage juries to ignore the law would be to disturb the "marvelous balance" of our system of criminal trials before a judge and jury. Such a disturbance would be irresponsible. I agree with the trial judge and with the Court of Appeal that Mr. Manning was quite simply wrong to say to the jury that if they did not like the law they need not enforce it. He should not have done so.

## VII

### Conclusion

Section 251 of the *Criminal Code* infringes the right to security of the person of many pregnant women. The procedures and administrative structures established in the section to provide for therapeutic abortions do not comply with the principles of fundamental justice. Section 7 of the *Charter* is infringed and that infringement cannot be saved under s. 1.

In oral argument, counsel for the Crown submitted that if the Court were to hold that procedural aspects of s. 251 infringed the *Charter*, only the procedures set out in the section should be struck

ce fait est très loin de suggérer qu'un avocat peut encourager un jury à méconnaître une loi qui ne lui plaît pas ou à lui dire qu'il a le droit de le faire. La différence entre l'acceptation du pouvoir discrétionnaire *de facto* d'appliquer la loi et l'élévation de ce pouvoir au niveau d'un droit a été exposée clairement par la United States Court of Appeals du district de Columbia, dans l'arrêt *United States v. Dougherty*, 473 F.2d 1113 (1972), le juge Leventhal, à la p. 1134:

[TRADUCTION] Le système du jury fonctionne raisonnablement bien pourvu qu'il y ait «du jeu entre les joints» garantissant sa souplesse et évitant une trop grande rigidité. Un équilibre s'est établi — un équilibre souvent merveilleux — le jury servant de «soupape» dans des cas exceptionnels, sans aller jusqu'à se comporter comme un cheval fou ou comme une machine emballée. On aura raison de croire, pour que le jury arrive simultanément à faire modestement preuve d'équité et à éviter certains caprices intolérables, que cela dépend d'instructions formelles ne délimitant pas expressément une charte par laquelle le jury se doterait de ses propres règles de droit.

Accepter l'argument de M<sup>e</sup> Manning, qu'un avocat de la défense devrait pouvoir encourager le jury à méconnaître le droit, romprait le «merveilleux équilibre» de notre système de procès criminels par juge et jury. Un tel changement serait irresponsable. Je partage l'avis du juge du procès et de la Cour d'appel que M<sup>e</sup> Manning a tout simplement eu tort de dire au jury que si la loi ne lui plaisait pas, il pouvait ne pas l'appliquer. Il n'aurait pas dû le faire.

## VII

### Conclusion

L'article 251 du *Code criminel* porte atteinte au droit à la sécurité de la personne d'un grand nombre de femmes enceintes. La procédure et les structures administratives établies par l'article pour obtenir des avortements thérapeutiques ne sont pas conformes aux principes de justice fondamentale. Il y a atteinte à l'art. 7 de la *Charte*, atteinte que l'article premier ne saurait permettre.

Au cours des plaidoiries, l'avocat du ministère public a fait valoir que si la Cour devait juger que l'aspect procédural de l'art. 251 enfreignait la *Charte*, seule la procédure établie par l'article

down, that is subss. (4) and (5). After being pressed with questions from the bench, Ms. Wein conceded that the whole of s. 251 should fall if it infringed s. 7. Mr. Blacklock for the Attorney General of Canada took the same position. This was a wise approach, for in *Morgentaler* (1975), at p. 676, the Court held that "s. 251 contains a comprehensive code on the subject of abortions, unitary and complete within itself". Having found that this "comprehensive code" infringes the *Charter*, it is not the role of the Court to pick and choose among the various aspects of s. 251 so as effectively to re-draft the section. The appeal should therefore be allowed and s. 251 as a whole struck down under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

The first constitutional question is therefore answered in the affirmative as regards s. 7 of the *Charter* only. The second question, as regards s. 7 of the *Charter* only, is answered in the negative. Questions 3, 4 and 5 are answered in the negative. I answer question 6 in the manner proposed by Beetz J. It is not necessary to answer question 7.

The reasons of Beetz and Estey JJ. were delivered by

BEETZ J.—I have had the advantage of reading the reasons for judgment written by the Chief Justice, as well as the reasons written by Justice McIntyre and Justice Wilson.

I agree with the Chief Justice and Wilson J. that this case finds its resolution in the answers to the first two constitutional questions stated by the Chief Justice in so far as those questions relate to s. 7 and s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Although the greatest part of my reasons is devoted to responding to the first two constitutional questions, I consider it necessary to answer the sixth constitutional question concerning the validity of s. 605(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, under the *Charter* in order to establish the Crown's right to appeal the verdict of acquittal in this case. Finally, I have decided that it is appropriate to address the appellants' arguments pertaining to s. 91(27) and s. 96 of the

devrait alors être annulée, soit les par. (4) et (5). Pressée de questions par la Cour, M<sup>e</sup> Wein a finalement concédé que tout l'art. 251 doit tomber s'il enfreint l'art. 7. M<sup>e</sup> Blacklock a pris la même position au nom du procureur général du Canada. C'était fort sage, car dans l'arrêt *Morgentaler* (1975), à la p. 676, la Cour a jugé que: «l'art. 251 est un code sur l'avortement, un code entier et complet en lui-même». Ayant jugé que ce «code entier» enfreint la *Charte*, il n'appartient pas à la Cour de sélectionner divers aspects de l'art. 251 pour, en fait, réécrire l'article. Le pourvoi doit donc être accueilli et l'art. 251, en son entier, annulé en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

La première question constitutionnelle reçoit donc une réponse affirmative en ce qui concerne l'art. 7 de la *Charte* uniquement. La deuxième question reçoit une réponse négative en ce qui concerne l'art. 7 de la *Charte* uniquement. Les troisième, quatrième et cinquième questions reçoivent une réponse négative. Je réponds à la sixième question comme le propose le juge Beetz. Il n'est pas nécessaire de répondre à la septième question.

Version française des motifs des juges Beetz et Estey rendus par

LE JUGE BEETZ—J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs rédigés par le Juge en chef, ainsi que de ceux rédigés par le juge McIntyre et par le juge Wilson.

Je suis d'accord avec le Juge en chef et le juge Wilson pour dire que cette affaire trouve sa solution dans les réponses aux deux premières questions constitutionnelles formulées par le Juge en chef, dans la mesure où ces questions concernent l'art. 7 et l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Quoique la plus grande partie de mes motifs soit consacrée à répondre aux deux premières questions constitutionnelles, je considère qu'il est nécessaire de répondre à la sixième question constitutionnelle qui porte sur la validité de l'al. 605(1)a) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, aux termes de la *Charte* afin d'établir le droit de la poursuite d'en appeler du verdict d'acquiescement en l'espèce. Enfin, j'ai décidé qu'il

*Constitution Act, 1867*, as well as the argument that s. 251 of the *Criminal Code* is in effect an unconstitutional delegation of legislative power.

Like the Chief Justice and Wilson J., I would allow the appeal and answer the first constitutional question in the affirmative and the second constitutional question in the negative. This however is a result which I reach for reasons which differ from those of the Chief Justice and those of Wilson J.

I find it convenient to outline at the outset the steps which lead me to this result:

I — Before the advent of the *Charter*, Parliament recognized, in adopting s. 251(4)(c) of the *Criminal Code*, that the interest in the life or health of the pregnant woman takes precedence over the interest in prohibiting abortions, including the interest of the state in the protection of the foetus, when “the continuation of the pregnancy of such female person would or would be likely to endanger her life or health”. In my view, this standard in s. 251(4) became entrenched at least as a minimum when the “right to life, liberty and security of the person” was enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* at s. 7.

II — “Security of the person” within the meaning of s. 7 of the *Charter* must include a right of access to medical treatment for a condition representing a danger to life or health without fear of criminal sanction. If an act of Parliament forces a pregnant woman whose life or health is in danger to choose between, on the one hand, the commission of a crime to obtain effective and timely medical treatment and, on the other hand, inadequate treatment or no treatment at all, her right to security of the person has been violated.

III — According to the evidence, the procedural requirements of s. 251 of the *Criminal Code* significantly delay pregnant women’s access to medical treatment resulting in an additional danger to their health, thereby depriving them of their right to security of the person.

était approprié d’analyser les arguments des appelants relativement au par. 91(27) et à l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de même que l’argument selon lequel l’art. 251 du *Code criminel* est en fait une délégation inconstitutionnelle du pouvoir législatif.

À l’instar du Juge en chef et du juge Wilson, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de répondre à la première question constitutionnelle par l’affirmative et à la seconde par la négative. J’arrive cependant à ce résultat pour des motifs différents de ceux du Juge en chef et de ceux du juge Wilson.

Il me paraît utile d’exposer dès le départ la démarche qui m’a conduit à ce résultat:

I — Avant l’avènement de la *Charte*, le législateur fédéral a reconnu, en adoptant l’al. 251(4)c) du *Code criminel*, que l’intérêt que représente la vie ou la santé de la femme enceinte l’emporte sur celui qu’il y a à interdire les avortements, y compris l’intérêt qu’a l’État dans la protection du foetus, lorsque «la continuation de la grossesse de cette personne du sexe féminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière». À mon avis, ce critère du par. 251(4) a été consacré au moins comme un minimum lorsque le «droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne» a été enchâssé dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, à l’art. 7.

II — L’expression «sécurité de la personne», au sens de l’art. 7 de la *Charte*, doit inclure le droit au traitement médical d’un état dangereux pour la vie ou la santé, sans menace de répression pénale. Si une loi du Parlement force une femme enceinte dont la vie ou la santé est en danger à choisir entre, d’une part, la perpétration d’un crime pour obtenir un traitement médical efficace en temps opportun et, d’autre part, un traitement inadéquat, voire aucun traitement, son droit à la sécurité de sa personne a été violé.

III — D’après la preuve soumise, les exigences que pose l’art. 251 du *Code criminel* en matière de procédure ont pour effet de retarder sensiblement l’obtention par les femmes enceintes d’un traitement médical, ce qui cause un danger additionnel pour leur santé et porte atteinte, par le fait même, à leur droit à la sécurité de leur personne.

IV — The deprivation referred to in the preceding proposition does not accord with the principles of fundamental justice. While Parliament is justified in requiring a reliable, independent and medically sound opinion as to the “life or health” of the pregnant woman in order to protect the state interest in the foetus, and while any such statutory mechanism will inevitably result in some delay, certain of the procedural requirements of s. 251 of the *Criminal Code* are nevertheless manifestly unfair. These requirements are manifestly unfair in that they are unnecessary in respect of Parliament’s objectives in establishing the administrative structure and that they result in additional risks to the health of pregnant women.

V — The primary objective of s. 251 of the *Criminal Code* is the protection of the foetus. The protection of the life and health of the pregnant woman is an ancillary objective. The primary objective does relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society and which, pursuant to s. 1 of the *Charter*, justify reasonable limits to be put on a woman’s right. However, rules unnecessary in respect of the primary and ancillary objectives which they are designed to serve, such as some of the rules contained in s. 251, cannot be said to be rationally connected to these objectives under s. 1 of the *Charter*. Consequently, s. 251 does not constitute a reasonable limit to the security of the person.

It is not necessary to decide whether there is a proportionality between the effects of s. 251 and the objective of protecting the foetus, nor is it necessary to answer the question concerning the circumstances in which there is a proportionality between the effects of s. 251 which limit the right of pregnant women to security of the person and the objective of the protection of the foetus. But I feel bound to observe that the objective of protecting the foetus would not justify the severity of the breach of pregnant women’s right to security of the person which would result if the exculpatory provision of s. 251 was completely removed from the *Criminal Code*. However, a rule that would require a higher degree of danger to health in the

IV — L’atteinte mentionnée dans la proposition précédente n’est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Quoique le Parlement soit justifié d’exiger une opinion médicale éclairée, indépendante et fiable relativement à «la vie ou la santé» de la femme enceinte pour protéger l’intérêt qu’a l’État à l’égard du fœtus et quoiqu’un tel dispositif législatif entraîne inévitablement des délais, certaines des exigences en matière de procédure posées par l’art. 251 du *Code criminel* sont nettement injustes. Ces exigences sont nettement injustes en ce sens qu’elles sont inutiles au regard des objectifs poursuivis par le Parlement en établissant la structure administrative et qu’elles entraînent des risques additionnels pour la santé des femmes enceintes.

V — L’objectif premier de l’art. 251 du *Code criminel* est la protection du fœtus. La protection de la vie et de la santé de la femme enceinte est un objectif secondaire. L’objectif premier touche effectivement à des questions qui sont urgentes et importantes dans une société libre et démocratique et qui, conformément à l’article premier de la *Charte*, justifient que des limites raisonnables soient imposées au droit d’une femme. Toutefois, on ne peut dire que les règles inutiles aux fins des objectifs premier et secondaire qu’elles sont censées appuyer, comme certaines des règles de l’art. 251, ont un lien rationnel avec ces objectifs aux termes de l’article premier de la *Charte*. Par conséquent, l’art. 251 ne constitue pas une limite raisonnable à la sécurité de la personne.

Il n’est pas nécessaire de décider s’il existe une proportionnalité entre les effets de l’art. 251 et l’objectif de la protection du fœtus pas plus qu’il est nécessaire de répondre à la question relative aux circonstances dans lesquelles il y a proportionnalité entre les effets de l’art. 251 qui limitent le droit des femmes enceintes à la sécurité de leur personne et l’objectif de la protection du fœtus. Mais je tiens à souligner que l’objectif de la protection du fœtus ne justifierait pas la gravité de la violation du droit des femmes enceintes à la sécurité de leur personne qui se produirait si la disposition disculpatoire de l’art. 251 était totalement exclue du *Code criminel*. Toutefois, une règle qui imposerait que la santé soit plus gravement mena-

latter months of pregnancy, as opposed to the early months, for an abortion to be lawful, could possibly achieve a proportionality which would be acceptable under s. 1 of the *Charter*.

### I — Section 251 of the *Criminal Code*

Section 251 of the *Criminal Code* provides:

**251.** (1) Every one who, with intent to procure the miscarriage of a female person, whether or not she is pregnant, uses any means for the purpose of carrying out his intention is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

(2) Every female person who, being pregnant, with intent to procure her own miscarriage, uses any means or permits any means to be used for the purpose of carrying out her intention is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years.

(3) In this section, "means" includes

(a) the administration of a drug or other noxious thing,

(b) the use of an instrument, and

(c) manipulation of any kind.

(4) Subsections (1) and (2) do not apply to

(a) a qualified medical practitioner, other than a member of a therapeutic abortion committee for any hospital, who in good faith uses in an accredited or approved hospital any means for the purpose of carrying out his intention to procure the miscarriage of a female person, or

(b) a female person who, being pregnant, permits a qualified medical practitioner to use in an accredited or approved hospital any means described in paragraph (a) for the purpose of carrying out her intention to procure her own miscarriage,

if, before the use of those means, the therapeutic abortion committee for that accredited or approved hospital, by a majority of the members of the committee and at a meeting of the committee at which the case of such female person has been reviewed,

(c) has by certificate in writing stated that in its opinion the continuation of the pregnancy of such female person would or would be likely to endanger her life or health, and

(d) has caused a copy of such certificate to be given to the qualified medical practitioner.

(5) The Minister of Health of a province may by order

cée dans les derniers mois de la grossesse que dans les premiers mois pour qu'un avortement soit licite, pourrait atteindre un degré de proportionnalité acceptable aux termes de l'article premier de la *a Charter*.

### I — L'article 251 du *Code criminel*

L'article 251 du *Code criminel* prévoit:

**251.** (1) Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, quiconque, avec l'intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin, qu'elle soit enceinte ou non, emploie quelque moyen pour réaliser son intention.

(2) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, toute personne du sexe féminin qui, étant enceinte, avec l'intention d'obtenir son propre avortement, emploie, ou permet que soit employé quelque moyen pour réaliser son intention.

(3) Au présent article, l'expression «moyen» comprend

a) l'administration d'une drogue ou autre substance délétère,

b) l'emploi d'un instrument, et

c) toute manipulation.

(4) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent pas

a) à un médecin qualifié, autre qu'un membre d'un comité de l'avortement thérapeutique de quelque hôpital, qui emploie de bonne foi dans un hôpital accrédité ou approuvé, quelque moyen pour réaliser son intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin, ou

b) à une personne du sexe féminin qui, étant enceinte, permet à un médecin qualifié d'employer, dans un hôpital accrédité ou approuvé, quelque moyen mentionné à l'alinéa a) aux fins de réaliser son intention d'obtenir son propre avortement,

si, avant que ces moyens ne soient employés, le comité de l'avortement thérapeutique de cet hôpital accrédité ou approuvé, par décision de la majorité des membres du comité et lors d'une réunion du comité au cours de laquelle le cas de cette personne du sexe féminin a été examiné,

c) a déclaré par certificat qu'à son avis la continuation de la grossesse de cette personne du sexe féminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière, et

d) a fait remettre une copie de ce certificat au médecin qualifié.

(5) Le ministre de la Santé d'une province peut, par ordonnance,

- (a) require a therapeutic abortion committee for any hospital in that province, or any member thereof, to furnish to him a copy of any certificate described in paragraph (4)(c) issued by that committee, together with such other information relating to the circumstances surrounding the issue of that certificate as he may require, or
- (b) require a medical practitioner who, in that province, has procured the miscarriage of any female person named in a certificate described in paragraph (4)(c), to furnish to him a copy of that certificate, together with such other information relating to the procuring of the miscarriage as he may require.
- (6) For the purposes of subsections (4) and (5) and this subsection
- “accredited hospital” means a hospital accredited by the Canadian Council on Hospital Accreditation in which diagnostic services and medical, surgical and obstetrical treatment are provided;
- “approved hospital” means a hospital in a province approved for the purposes of this section by the Minister of Health of that province;
- “board” means the board of governors, management or directors, or the trustees, commission or other person or group of persons having the control and management of an accredited or approved hospital;
- “Minister of Health” means
- (a) in the Provinces of Ontario, Quebec, New Brunswick, Manitoba, Newfoundland and Prince Edward Island, the Minister of Health,
- (a.1) in the Province of Alberta, the Minister of Hospitals and Medical Care,
- (b) in the Province of British Columbia, the Minister of Health Services and Hospital Insurance,
- (c) in the Provinces of Nova Scotia and Saskatchewan, the Minister of Public Health, and
- (d) in the Yukon Territory and the Northwest Territories, the Minister of National Health and Welfare;
- “qualified medical practitioner” means a person entitled to engage in the practice of medicine under the laws of the province in which the hospital referred to in subsection (4) is situated;
- a) requérir un comité de l’avortement thérapeutique de quelque hôpital, dans cette province, ou un membre de ce comité, de lui fournir une copie d’un certificat mentionné à l’alinéa (4)c) émis par ce comité, ainsi que les autres renseignements qu’il peut exiger au sujet des circonstances entourant l’émission de ce certificat, ou
- b) requérir un médecin qui, dans cette province, a procuré l’avortement d’une personne de sexe féminin nommée dans un certificat mentionné à l’alinéa (4)c) de lui fournir une copie de ce certificat, ainsi que les autres renseignements qu’il peut exiger au sujet de l’obtention de l’avortement.
- (6) Aux fins des paragraphes (4) et (5) et du présent paragraphe,
- «comité de l’avortement thérapeutique» d’un hôpital désigne un comité formé d’au moins trois membres qui sont tous des médecins qualifiés, nommé par le conseil de cet hôpital pour examiner et décider les questions relatives aux arrêts de grossesse dans cet hôpital;
- «conseil» désigne le conseil des gouverneurs, le conseil de direction ou le conseil d’administration ou les *trustees*, la commission ou une autre personne ou un autre groupe de personnes ayant le contrôle et la direction d’un hôpital accrédité ou approuvé;
- «hôpital accrédité» désigne un hôpital accrédité par le Conseil canadien d’accréditation des hôpitaux, dans lequel sont fournis des services de diagnostic et des traitements médicaux, chirurgicaux et obstétricaux;
- «hôpital approuvé» désigne un hôpital approuvé aux fins du présent article par le ministre de la Santé de la province où il se trouve;
- «médecin qualifié» désigne une personne qui a le droit d’exercer la médecine en vertu des lois de la province dans laquelle est situé l’hôpital mentionné au paragraphe (4);
- «ministre de la Santé» désigne
- a) dans la province d’Ontario, de Québec, du Nouveau-Brunswick, du Manitoba, de Terre-Neuve et de l’Île-du-Prince-Édouard, le ministre de la Santé;
- a.1) dans la province d’Alberta, le ministre de la Santé (hôpitaux et assurance-maladie);
- b) dans la province de Colombie-Britannique, le ministre des Services de santé et de l’assurance-hospitalisation,
- c) dans les provinces de Nouvelle-Écosse et de Saskatchewan, le ministre de la Santé publique, et,

"therapeutic abortion committee" for any hospital means a committee, comprised of not less than three members each of whom is a qualified medical practitioner, appointed by the board of that hospital for the purpose of considering and determining questions relating to terminations of pregnancy within that hospital.

(7) Nothing in subsection (4) shall be construed as making unnecessary the obtaining of any authorization or consent that is or may be required, otherwise than under this Act, before any means are used for the purpose of carrying out an intention to procure the miscarriage of a female person.

Subsection (1) defines the indictable offence committed when a person uses any means for the purpose of carrying out his or her intention of procuring the miscarriage of a female person. Subsection (2) states that a pregnant woman who uses any means or permits any means to be used for the purpose of procuring her own miscarriage is guilty of an indictable offence with a lesser maximum penalty. Subsection (3) defines the expression "means" for s. 251.

Subsection (4), when read in conjunction with subs. (5), (6) and (7), outlines the circumstances in which an abortion can be lawfully performed. For the purposes of this appeal in which the existence of a constitutional right of access to abortion and the extent of that right is in issue, it is of special importance to understand the circumstances in which Parliament decriminalized abortion and thereby rendered it available without criminal sanction under ordinary law. Indeed, before the advent of the *Charter*, Parliament recognized that the interest in the life or health of the pregnant woman takes precedence over the interest in prohibiting abortions, including the interest of the state in the protection of the foetus, when the continuation of the pregnancy would or would be likely to endanger the pregnant woman's life or health. Access to lawful abortion under the *Criminal Code*, albeit in limited circumstances, exists independently of any right which may or may not be founded upon the *Charter*.

As its opening words make plain, subs. (4) is an exculpatory provision: subs. (1) and (2), which

d) dans le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest, le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social.

(7) Rien au paragraphe (4) ne doit s'interpréter de manière à faire disparaître la nécessité d'obtenir une autorisation ou un consentement qui est ou peut être requis, autrement qu'en vertu de la présente loi, avant l'emploi de moyens destinés à réaliser une intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin.

Le paragraphe (1) définit l'acte criminel commis lorsqu'une personne recourt à un moyen quelconque pour réaliser son intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin. Le paragraphe (2) stipule qu'une femme enceinte qui emploie, ou permet que soit employé, un moyen quelconque pour réaliser son intention d'obtenir son propre avortement est coupable d'un acte criminel assorti d'une peine maximale moindre. Le paragraphe (3) définit ce que comprend l'expression «moyen» aux fins de l'art. 251.

Le paragraphe (4), conjugué aux par. (5), (6) et (7), décrit les circonstances dans lesquelles un avortement peut être légalement pratiqué. Pour les fins du présent pourvoi où l'existence d'un droit constitutionnel à l'avortement et l'étendue de ce droit sont en cause, il est particulièrement important de comprendre les circonstances dans lesquelles le Parlement a décriminalisé l'avortement et l'a ainsi rendu possible sans que l'on s'expose à des sanctions criminelles en vertu de la loi. Avant même l'avènement de la *Charte*, le Parlement a reconnu que l'intérêt que représente la vie ou la santé de la femme enceinte l'emporte sur celui qu'il y a à interdire les avortements, y compris l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus, lorsque la continuation de la grossesse mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de la femme enceinte. La possibilité d'obtenir un avortement licite en vertu du *Code criminel*, quoique dans des circonstances limitées, existe indépendamment de tout droit pouvant ou non être fondé sur la *Charte*.

Comme il ressort clairement de son exorde, le par. (4) est une disposition disculpatoire: les par.



indicate when conduct related to procuring a miscarriage is an indictable offence, "do not apply" when the terms of subs. (4) are respected. Until section 18 of the *Criminal Law Amendment Act, 1968-69*, S.C. 1968-69, c. 38, added subss. (4), (5), (6) and (7), there was no statutory exception to the crime of abortion. In the case at bar, the Ontario Court of Appeal (1985), 52 O.R. (2d) 353, explained the historical significance of the adoption in 1969 of these exculpatory provisions in the following terms, at p. 366:

By defining criminal conduct more narrowly, these amendments reflected the contemporary view that abortion is not always socially undesirable behaviour.

Access to abortion without risk of criminal penalty under the *Criminal Code* is expressed by Parliament in subss. (4), (5), (6) and (7) of s. 251 as relieving provisions in respect of the indictable offences defined at s. 251(1) and (2). According to Laskin C.J. (dissenting) in *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616 [hereinafter "*Morgentaler (1975)*"], these relieving provisions "simply permit a person to make conduct lawful which would otherwise be unlawful" (at p. 631). In the same case, Pigeon J. said that in 1969 "an explicit and specific definition was made of the circumstances under which an abortion could lawfully be performed" (at p. 660).

What is important, for our purposes, in considering subs. (4) is not, of course, the name we give to the exculpatory rule but the rule itself: Parliament has recognized that circumstances exist in which an abortion can be procured lawfully. The Court of Appeal observed, *supra*, at p. 378:

A woman's only right to an abortion at the time the Charter came into force would accordingly appear to be that given to her by s-s. (4) of s. 251.

Given that it appears in a criminal law statute, s. 251(4) cannot be said to create a "right", much less a constitutional right, but it does represent an exception decreed by Parliament pursuant to what the Court of Appeal aptly called "the contempo-

(1) et (2), qui indiquent quand un comportement lié à une interruption de grossesse est un acte criminel, «ne s'appliquent pas» lorsque les conditions du par. (4) sont remplies. Jusqu'à ce que l'art. 18 de la *Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, S.C. 1968-69, chap. 38, ajoute les par. (4), (5), (6) et (7), il n'y avait aucune exception légale au crime d'avortement. En l'espèce, la Cour d'appel de l'Ontario (1985), 52 O.R. (2d) 353, explique que la signification historique de l'adoption, en 1969, de ces dispositions disculpatoires dans les termes suivants, à la p. 366:

[TRADUCTION] En définissant la conduite criminelle plus étroitement, ces modifications reflétaient le point de vue contemporain selon lequel l'avortement n'est pas toujours une conduite socialement répréhensible.

La possibilité d'obtenir un avortement, sans s'exposer à une peine criminelle en vertu du *Code criminel*, est exprimée par le législateur aux par. 251(4), (5), (6) et (7), sous la forme de clauses d'exception relatives aux actes criminels définis aux par. 251(1) et (2). Selon le juge en chef Laskin (dissident) dans l'affaire *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616 [ci-après l'arrêt "*Morgentaler (1975)*"], ces clauses d'exception «permettent simplement de poser légalement un geste qui autrement serait illégal» (à la p. 631). Dans la même affaire, le juge Pigeon affirme qu'en 1969 «les circonstances requises pour qu'un avortement puisse être légalement pratiqué ont été définies de façon explicite et spécifique» (à la p. 660).

Ce qui importe lors de l'étude du par. (4), ce n'est pas, bien entendu, l'appellation donnée à la règle disculpatoire mais la règle elle-même: le législateur a reconnu qu'il y a des circonstances dans lesquelles un avortement peut être pratiqué licitement. La Cour d'appel fait observer dans son arrêt, précité, à la p. 378:

[TRADUCTION] Le seul droit à l'avortement que possédait une femme à l'époque où la Charte est entrée en vigueur, semblerait donc être celui que lui conférait le par. 251(4).

Étant donné qu'il se trouve dans une loi traitant de droit criminel, on ne saurait dire que le par. 251(4) crée un «droit», encore moins un droit constitutionnel; mais il représente néanmoins une exception, décrétée par le législateur conformément à ce que

1988 CANLII 90 (SCC)

rary view that abortion is not always socially undesirable behaviour". Examining the content of the rule by which Parliament decriminalizes abortion is the most appropriate first step in considering the validity of s. 251 as against the constitutional right to abortion alleged by the appellants in argument.

By enacting subss. (4), (5), (6) and (7) of s. 251 in 1969, Parliament endeavoured to decriminalize abortion in one circumstance, described in substantive terms in s. 251(4)(c): when the continuation of the pregnancy of the woman would or would be likely to endanger her life or health. This is the crux of the exception. This is the circumstance in which Parliament decided to allow women to procure a miscarriage without criminal sanction either for themselves or for their doctors. Laskin C.J. referred to this "would or would be likely to endanger her life or health" element in s. 251(4)(c) as the "standard in s. 251(4)" in *Morgentaler* (1975), *supra*, at p. 629.

The remaining provisions of subss. (4), (5), (6) and (7) of s. 251 are designed to ascertain whether the standard has been met in a given case. To employ the expression of the Attorney General of Canada who intervened in this case in defence of s. 251, these provisions were designed, in part, "to allow relief from criminal sanction where there is a reliable, independent and medically sound judgment that the life or health of the mother would be or would likely be endangered . . ." Section 251(4)(a) requires, for example, that a therapeutic abortion committee give its opinion in writing that the standard has been met. The committee is comprised of not less than three qualified medical practitioners appointed by the board of the hospital where the treatment would take place. The qualified medical practitioner who would perform the abortion may not be a member of a therapeutic abortion committee for any hospital. The opinion must be that of the majority of the members of the committee and must be made by certificate in writing and given to the practitioner who, accord-

la Cour d'appel a, à juste titre, appelé [TRADUCTION] «le point de vue contemporain selon lequel l'avortement n'est pas toujours une conduite socialement répréhensible». L'examen du contenu de la règle par laquelle le législateur décriminalise l'avortement est la démarche la plus appropriée qu'il convient d'adopter, dans un premier temps, lorsqu'il s'agit d'étudier la validité de l'art. 251 par rapport au droit constitutionnel à l'avortement allégué par les appelants au cours du débat.

En adoptant les par. 251(4), (5), (6) et (7) en 1969, le législateur a tenté de décriminaliser l'avortement dans un cas, décrit en substance à l'al. 251(4)c): lorsque la continuation de la grossesse de la femme mettrait ou mettrait probablement en danger sa vie ou sa santé. C'est là le cœur de l'exception. C'est là la circonstance dans laquelle le législateur a décidé d'autoriser les femmes à se faire avorter, sans que ni elles ni leurs médecins n'encourent de sanctions criminelles. Le juge en chef Laskin qualifie les mots «mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière» de l'al. 251(4)c) de «critère du par. (4) de l'art. 251», dans l'arrêt *Morgentaler* (1975), précité, à la p. 629.

Les autres dispositions des par. 251(4), (5), (6) et (7) ont été conçues afin d'assurer que le critère soit respecté dans un cas donné. Pour reprendre les termes du procureur général du Canada, qui est intervenu en l'espèce pour défendre l'art. 251, ces dispositions ont été conçues en partie [TRADUCTION] «pour permettre d'échapper aux sanctions criminelles en cas de jugement médical éclairé, fiable et indépendant que la vie ou la santé de la mère serait ou serait probablement en danger . . .» L'alinéa 251(4)a) exige, par exemple, qu'un comité de l'avortement thérapeutique déclare par écrit qu'à son avis ce critère est respecté. Le comité se compose d'au moins trois médecins qualifiés, nommés par le conseil de l'hôpital où le traitement sera éventuellement donné. Le médecin qualifié qui, le cas échéant, pratiquera l'avortement ne peut être membre d'un comité de l'avortement thérapeutique de quelque hôpital que ce soit. L'avis du comité doit être celui de la majorité de ses membres et il doit être donné par certificat remis au médecin qui ne doit pas avoir de raison de

ing to s. 251(4)(a), must be in "good faith" and, consequently, have no reason to believe that the standard in s. 251(4)(c) has not been met. The Minister of Health of the province in which the certificate was issued may by order require the therapeutic abortion committee to furnish him with a copy of the certificate. Other aspects of s. 251(4) are designed to ensure the safety of the abortion itself after the standard has been met and after the certificate to this effect has been issued enabling the woman to have a lawful abortion. These include the requirements that the practitioner be properly qualified and that the abortion be carried out in an accredited or approved hospital.

Overall, the procedure set forth at s. 251(4) is in place to ensure that the standard of the exception — that the continuation of the pregnancy would or would be likely to endanger the pregnant woman's health — is met before Parliament will allow an abortion to be performed without punishment. Parliament will protect the life and health of the pregnant woman by allowing her access to an abortion when it has been established, through the means selected by Parliament, that her life or health would or would likely be in danger if her pregnancy continued. The other provisions in s. 251(4), though necessary for an abortion to be lawful, were enacted to ensure that the standard was met and that, once met, the lawful abortion would be performed safely. These other rules are a means to an end and not an end unto themselves. As a whole, subss. (4), (5), (6) and (7) of s. 251 seek to make therapeutic abortions lawful and available but also to ensure that the excuse of therapy will not be abused and that lawful abortions be safe.

That abortions are recognized as lawful by Parliament based on a specific standard under its ordinary laws is important, I think, to a proper understanding of the existence of a right of access to abortion founded on rights guaranteed by s. 7 of the *Charter*. The constitutional right does not have its source in the *Criminal Code*, but, in my view, the content of the standard in s. 251(4) that Parliament recognized in the *Criminal Law*

croire que le critère de l'al. 251(4)c) n'est pas respecté puisqu'il lui est demandé, en vertu de l'al. 251(4)a), d'agir de «bonne foi». Le ministre de la Santé de la province où a été délivré le certificat peut ordonner au comité de l'avortement thérapeutique de lui remettre une copie du certificat. D'autres aspects du par. 251(4) ont été conçus pour assurer que l'avortement lui-même soit pratiqué en toute sécurité une fois ce critère satisfait et une fois délivré le certificat en ce sens, autorisant la femme à subir un avortement licite. Ils incluent l'obligation que le praticien soit dûment qualifié et que l'avortement soit pratiqué dans un hôpital accrédité ou approuvé.

Dans l'ensemble, la procédure exposée au par. 251(4) a été mise en place pour assurer que le critère de l'exception, savoir que la continuation de la grossesse mettrait ou mettrait probablement en danger la santé de la femme enceinte, a été respecté avant que le législateur n'autorise de pratiquer un avortement en toute impunité. Le législateur protège la vie et la santé de la femme enceinte en lui permettant d'obtenir un avortement lorsqu'il a été établi, par les moyens choisis par le législateur, que sa vie ou sa santé serait ou serait probablement en danger si la grossesse se poursuivait. Les autres dispositions du par. 251(4), quoique nécessaires pour rendre l'avortement licite, ont été adoptées pour assurer que le critère soit respecté et qu'une fois qu'il l'a été l'avortement devenu licite soit pratiqué en toute sécurité. Les autres règles constituent des moyens d'atteindre une fin et non une fin en soi. Dans leur ensemble, les par. 251(4), (5), (6) et (7) ont pour but de rendre les avortements thérapeutiques licites et possibles, et aussi d'assurer qu'on n'abusera pas de l'excuse de la thérapie et, enfin, que les avortements licites ne comporteront aucun risque.

La reconnaissance par le législateur de la légalité des avortements, selon un critère spécifique précisé dans la loi, est importante, je pense, pour bien comprendre l'existence d'un droit à l'avortement fondé sur les droits garantis par l'art. 7 de la *Charte*. Ce droit constitutionnel ne prend pas sa source dans le *Code criminel* mais, à mon avis, le contenu du critère du par. 251(4) que le législateur a reconnu dans la *Loi de 1968-69 modifiant le*

*Amendment Act, 1968-69* was for all intents and purposes entrenched at least as a minimum in 1982 when a distinct right in s. 7 became part of Canadian constitutional law.

## II — The Right to Security of the Person in s. 7 of the Charter

Section 7 of the *Charter* provides:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

I share the view first expressed by Wilson J. in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 205, and confirmed by Lamer J. in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 500, that “it is incumbent upon this Court to give meaning to each of the elements, life, liberty and security of the person, which make up the ‘right’ contained in s. 7.” The full ambit of this constitutionally protected right will only be revealed over time. Consequently, the minimum content which I attribute to s. 7 does not preclude, or for that matter assure, the finding of a wider constitutional right when the courts will be faced with this or other issues in other contexts. As we shall see, the content of the “security of the person” element of the s. 7 right is sufficient in itself to invalidate s. 251 of the *Criminal Code* and consequently dispose of the appeal.

In discussing the content of the right protected by s. 7 of the *Charter* in the case at bar, the Ontario Court of Appeal wrote, at pp. 377-78, that “it would place too narrow an interpretation on s. 7 to limit it to protection against arbitrary arrest and detention”. It will be seen from what follows that I agree with this view. Indeed the natural meaning of “life, liberty and security of the person” belies this limited view of the scope of s. 7. As Estey J. observed in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, at p. 377, examining the “Legal Rights” heading which introduces ss. 7 to 14 of the *Charter* is at best one step in the constitutional interpretation process and is not necessarily of controlling importance. I

*droit pénal*, a été enchâssé à tous égards, au moins comme un minimum, lorsqu’un droit distinct, à l’art. 7, est devenu partie intégrante en 1982 du droit constitutionnel canadien.

## <sup>a</sup> II — Le droit à la sécurité de la personne garanti par l’art. 7 de la Charte

L’article 7 de la *Charte* prévoit:

<sup>b</sup> 7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale.

<sup>c</sup> Je partage l’opinion exprimée pour la première fois par le juge Wilson dans l’arrêt *Singh c. Ministère de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la p. 205, et confirmée par le juge Lamer dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 500, qu’il <sup>d</sup> «incombe à la Cour de préciser le sens de chacun des éléments, savoir la vie, la liberté et la sécurité de la personne, qui constituent le «droit» mentionné à l’art. 7». La portée complète de cette garantie constitutionnelle n’apparaîtra qu’avec le temps. <sup>e</sup> Par conséquent, le contenu minimum que j’attribue à l’art. 7 n’interdit pas, non plus qu’il n’assure d’ailleurs, la conclusion à l’existence d’un droit constitutionnel plus large, lorsque les tribunaux <sup>f</sup> seront confrontés à cette question, ou à d’autres, dans d’autres contextes. Comme nous le verrons, le contenu de l’élément «sécurité de sa personne» du droit prévu à l’art. 7 est suffisant en soi pour <sup>g</sup> invalider l’art. 251 du *Code criminel* et, par conséquent, pour disposer du pourvoi.

En analysant le contenu du droit protégé par l’art. 7 de la *Charte* en l’espèce, la Cour d’appel de l’Ontario écrit, aux pp. 377 et 378, que [TRADUCTION] «ce serait donner une interprétation trop étroite à l’art. 7 que de le limiter à une protection contre les arrestations et détentions arbitraires». On verra dans ce qui suit que je partage cet avis. D’ailleurs, le sens ordinaire des termes «la vie, la liberté et la sécurité de sa personne» dément cette conception limitée de la portée de l’art. 7. Comme le juge Estey le fait observer dans l’arrêt *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, à la p. 377, l’examen de la rubrique «Garanties juridiques» qui précède les art. 7 à 14 de la *Charte* ne constitue tout au plus qu’une étape

am mindful, however, that it is in the criminal law context that "security of the person" and the alleged violation of s. 7 arise in this case. Enjoying "security of the person" free from criminal sanction is central to understanding the violation of the *Charter* right which I describe herein. It is not necessary to decide whether s. 7 would apply in other circumstances.

A pregnant woman's person cannot be said to be secure if, when her life or health is in danger, she is faced with a rule of criminal law which precludes her from obtaining effective and timely medical treatment.

Generally speaking, the constitutional right to security of the person must include some protection from state interference when a person's life or health is in danger. The *Charter* does not, needless to say, protect men and women from even the most serious misfortunes of nature. Section 7 cannot be invoked simply because a person's life or health is in danger. The state can obviously not be said to have violated, for example, a pregnant woman's security of the person simply on the basis that her pregnancy in and of itself represents a danger to her life or health. There must be state intervention for "security of the person" in s. 7 to be violated.

If a rule of criminal law precludes a person from obtaining appropriate medical treatment when his or her life or health is in danger, then the state has intervened and this intervention constitutes a violation of that man's or that woman's security of the person. "Security of the person" must include a right of access to medical treatment for a condition representing a danger to life or health without fear of criminal sanction. If an act of Parliament forces a person whose life or health is in danger to choose between, on the one hand, the commission of a crime to obtain effective and timely medical treatment and, on the other hand, inadequate treatment or no treatment at all, the right to security of the person has been violated.

dans le processus d'interprétation constitutionnelle et ne revêt pas nécessairement une importance décisive. Je suis toutefois conscient que c'est dans un contexte de droit criminel que «la sécurité de la personne» et la violation prétendue de l'art. 7 sont en cause en l'espèce. La jouissance de «la sécurité de la personne», sans menace de répression pénale, est primordiale pour comprendre la violation du droit garanti par la *Charte* que je décris ici. Il n'est pas nécessaire de décider si l'art. 7 s'appliquerait dans d'autres circonstances.

On ne peut dire que la personne de la femme enceinte est en sécurité si, alors que sa vie ou sa santé est en danger, elle est confrontée à une règle de droit criminel qui l'empêche d'obtenir un traitement médical efficace en temps opportun.

En règle générale, le droit constitutionnel à la sécurité de la personne doit inclure une forme de protection contre l'intervention de l'État lorsque la vie ou la santé d'une personne est en danger. La *Charte*, cela va sans dire, ne protège pas les hommes et les femmes contre les infortunes, même les plus graves, dues à la nature. L'article 7 ne saurait être invoqué simplement parce que la vie ou la santé d'une personne est en danger. De toute évidence, on ne saurait dire que l'État a violé, par exemple, la sécurité de la personne d'une femme enceinte simplement parce que sa grossesse, en elle-même et par elle-même, représente un danger pour sa vie ou sa santé. Il doit y avoir intervention de l'État pour qu'il y ait violation de la «sécurité de la personne» visée à l'art. 7.

Si une règle de droit criminel empêche une personne d'obtenir un traitement médical approprié lorsque sa vie ou sa santé est en danger, l'État est alors intervenu et cette intervention constitue une violation de la sécurité de la personne de cet homme ou de cette femme. La «sécurité de la personne» doit inclure un droit au traitement médical d'un état dangereux pour la vie ou la santé, sans menace de répression pénale. Si une loi du Parlement force une personne dont la vie ou la santé est en danger à choisir entre, d'une part, la perpétration d'un crime pour obtenir un traitement médical efficace en temps opportun et, d'autre part, un traitement inadéquat ou pas de traitement du tout, le droit à la sécurité de la personne est violé.

This interpretation of s. 7 of the *Charter* is sufficient to measure the content of s. 251 of the *Criminal Code* against that of the *Charter* in order to dispose of this appeal. While I agree with McIntyre J. that a breach of a right to security must be “based upon an infringement of some interest which would be of such nature and such importance as to warrant constitutional protection”, I am of the view that the protection of life or health is an interest of sufficient importance in this regard. Under the *Criminal Code*, the only way in which a pregnant woman can legally secure an abortion when the continuation of the pregnancy would or would be likely to endanger her life or health is to comply with the procedure set forth in s. 251(4). Where the continued pregnancy does constitute a danger to life or health, the pregnant woman faces a choice: (1) she can endeavour to follow the s. 251(4) procedure, which, as we shall see, creates an additional medical risk given its inherent delays and the possibility that the danger will not be recognized by the state-imposed therapeutic abortion committee; or (2) she can secure medical treatment without respecting s. 251(4) and subject herself to criminal sanction under s. 251(2).

### III — Delays Caused by s. 251 Procedure in Violation of Security of the Person

This chapter requires a review of the evidence, part of which is to be found in two reports, the *Report of the Committee on the Operation of the Abortion Law* (the “Badgley Report”), and the *Report on Therapeutic Abortion Services in Ontario* (the “Powell Report”).

The Badgley Report (1977) was written by a committee appointed by the Privy Council with a mandate to conduct a study to determine whether the procedure provided in the *Criminal Code* for obtaining therapeutic abortions is operating equitably across Canada and to make findings on the operation of this law rather than recommendations on the underlying policy: Badgley Report, at p. 27.

The Powell Report (1987) is a study commissioned by the Ministry of Health with terms of

Cette interprétation de l’art. 7 de la *Charte* suffit pour évaluer en fonction de la *Charte* le contenu de l’art. 251 du *Code criminel*, afin de statuer sur le pourvoi. Tout en convenant avec le juge McIntyre qu’une atteinte au droit à la sécurité doit «dépendre d’une atteinte à quelque intérêt dont la nature et l’importance justifieraient une protection constitutionnelle», j’estime que la protection de la vie ou de la santé est un intérêt d’une importance suffisante à cet égard. En vertu du *Code criminel*, la seule façon pour une femme enceinte d’obtenir légalement un avortement lorsque la continuation de la grossesse mettrait ou mettrait probablement en danger sa vie ou sa santé consiste à se conformer à la procédure énoncée au par. 251(4). Lorsque la continuation de la grossesse constitue effectivement un danger pour la vie ou la santé, la femme enceinte doit faire un choix: (1) elle peut essayer de suivre la procédure du par. 251(4) qui, comme nous allons le voir, crée un risque médical supplémentaire, étant donné l’attente qu’elle comporte inévitablement et la possibilité que le danger ne soit pas reconnu par le comité de l’avortement thérapeutique imposé par l’État; ou (2) elle peut obtenir un traitement médical sans respecter le par. 251(4) et s’exposer à des sanctions criminelles en vertu du par. 251(2).

### III — Délais engendrés par la procédure de l’art. 251 en violation de la sécurité de la personne

Ce chapitre exige un examen de la preuve soumise, dont une partie se trouve dans deux rapports, le *Rapport du Comité sur l’application des dispositions législatives sur l’avortement* (le «rapport Badgley»), et le *Report on Therapeutic Abortion Services in Ontario* (le «rapport Powell»).

Le rapport Badgley, 1977, est l’œuvre d’un comité nommé par le Conseil privé, dont le mandat était de mener une enquête afin de déterminer si la procédure prévue au *Code criminel* pour obtenir des avortements thérapeutiques est appliquée de façon équitable dans tout le Canada et de se prononcer sur la mise en œuvre de cette loi, plutôt que de faire des recommandations sur les principes qui la sous-tendent: rapport Badgley, à la p. 31.

Le rapport Powell, 1987, inédit, est une étude commandée par le ministère de la Santé, dont le

reference limited to a review of access to therapeutic abortion services in Ontario. Like those for the Badgley Report, these terms did not include the mandate for an evaluation of the underlying policy of the *Criminal Code*: Powell Report, Appendix 1.

I propose to consider first the delays caused by the s. 251 procedure and then the consequences of the delays.

### 1. *Delays Caused by the s. 251 Procedure*

The evidence reveals that the actual workings of s. 251(4) are the source of certain delays which create an additional medical risk for many pregnant women whose medical condition already meets the standard of s. 251(4)(c). Stated simply, when pregnant women suffer from a condition which represents a danger to their life or health, their efforts to conform to the procedure set forth for obtaining lawful abortions in the *Criminal Code* often create an additional risk to their health. They may have to choose between bearing the burden of these risks by accepting delayed medical treatment, and committing a crime by seeking timely medical treatment outside s. 251(4). Given that the procedure in s. 251(4) is the source of this additional risk, it constitutes a violation of the pregnant woman's security of the person. I shall first endeavour to show that these delays have their origin in s. 251. I will then cite evidence that these procedural delays create an additional risk to the health of pregnant women.

While only administrative inefficiencies that are caused by the rules in s. 251 are relevant to the evaluation of the constitutionality of the legislation under s. 7 of the *Charter*, the evidence which relates to the availability of therapeutic abortions under the *Criminal Code* reveals three sorts of delay, all of which can be traced to the requirements of s. 251 itself: (1) the absence of hospitals with therapeutic abortion committees in many parts of Canada; (2) the quotas which some hospitals with committees impose on the number of

mandat était limité à un examen des services d'avortements thérapeutiques offerts en Ontario. Comme dans le rapport Badgley, ce mandat ne comportait pas l'évaluation de la politique sous-jacente du *Code criminel*: rapport Powell, appendice 1.

Je traiterai en premier lieu des délais engendrés par la procédure de l'art. 251, puis des conséquences qu'ils entraînent.

### 1. *Les délais engendrés par la procédure de l'art. 251*

Il ressort de la preuve que les rouages du par. 251(4) sont à l'origine de certains délais qui engendrent un risque médical additionnel pour beaucoup de femmes enceintes dont l'état médical satisfait déjà au critère de l'al. 251(4)c). En bref, quand l'état des femmes enceintes représente un danger pour leur vie ou leur santé, leurs efforts pour se conformer à la procédure énoncée par le *Code criminel* en ce qui concerne l'obtention d'avortements licites créent souvent un risque additionnel pour leur santé. Elles peuvent avoir à choisir entre assumer le fardeau de ces risques, en acceptant de retarder le traitement médical, et commettre un crime, en cherchant à obtenir en temps opportun un traitement médical qui ne relève pas du par. 251(4). Étant donné que la procédure du par. 251(4) est à la source de ce risque additionnel, cette règle constitue une violation de la sécurité de la personne de la femme enceinte. J'essaierai d'abord de montrer que l'art. 251 est à l'origine de ces délais. Je citerai ensuite des éléments de preuve étayant que ces délais en matière de procédure créent un risque additionnel pour la santé des femmes enceintes.

Quoique seule l'inefficacité administrative occasionnée par les exigences de l'art. 251 soit pertinente lors de la détermination de la constitutionnalité de la législation au regard de l'art. 7 de la *Charte*, la preuve soumise quant à la possibilité d'obtenir des avortements thérapeutiques conformes au *Code criminel* révèle l'existence de trois sortes de délais qui peuvent tous être reliés aux exigences de l'art. 251 lui-même: (1) l'absence, dans bien des régions du Canada, d'hôpitaux dotés de comités de l'avortement thérapeutique, (2) les

therapeutic abortions which they perform and (3) the committee requirement itself each create delays for pregnant women who seek timely and effective medical treatment.

(1) Lack of Hospitals with Therapeutic Abortion Committees

Hospitals with therapeutic abortion committees are completely lacking in many parts of Canada, forcing women to go elsewhere and suffer delays in order to gain access to hospitals in which they may obtain therapeutic abortions free from criminal sanction. The requirements which hospitals must meet under s. 251 are responsible for this absence of eligible hospitals. Often, the absence of hospitals can be traced to the prerequisites which hospitals must meet under s. 251(6). In other cases, the absence is caused by the refusal of certain hospital boards to appoint committees in hospitals which would otherwise qualify under the law, as is their prerogative under s. 251(6). I shall consider each of these in turn.

The effect of certain definitions in s. 251(6), when read in conjunction with s. 251(4), is to cause an absence of hospitals in which therapeutic abortions can legally be performed. A "therapeutic abortion committee" for any hospital means, according to s. 251(6), a committee comprised of not less than three physicians from which the physician who performs the abortion is excluded under s. 251(4). As the Chief Justice observed, the combined effect of these two provisions is to require at least four physicians at the hospital so that the therapeutic abortion can be lawfully authorized and performed. The four-physician requirement obviously precludes therapeutic abortions from being performed in hospitals where four doctors are not available.

Moreover, the requirement in s. 251(4) that lawful abortions can only be performed in "accredited" or "approved" hospitals also has the effect of

contingents que certains hôpitaux dotés de comités fixent au nombre d'avortements thérapeutiques qu'ils pratiqueront et (3) l'obligation même de recourir à un comité sont tous des causes de délai pour les femmes enceintes qui cherchent à obtenir un traitement médical efficace en temps opportun.

(1) L'absence d'hôpitaux dotés de comités de l'avortement thérapeutique

Les hôpitaux dotés de comités de l'avortement thérapeutique brillent par leur absence dans de nombreux endroits au Canada, ce qui force les femmes à s'adresser ailleurs et à attendre avant d'avoir accès aux hôpitaux où elles pourront obtenir des avortements thérapeutiques sans menace de répression pénale. Les exigences auxquelles doivent satisfaire les hôpitaux en vertu de l'art. 251 sont responsables de cette absence d'hôpitaux admissibles. Souvent, l'absence d'hôpitaux peut être reliée aux conditions préalables que les hôpitaux doivent remplir en vertu du par. 251(6). Dans d'autres cas, cette carence est due au refus de certains conseils d'hôpitaux, par ailleurs admissibles en vertu de la loi, de nommer des comités, comme c'est leur prérogative en vertu du par. 251(6). Je traiterai successivement de chacun de ces points.

Certaines définitions figurant au par. 251(6), lues conjointement avec le par. 251(4), ont pour effet de causer une absence d'hôpitaux où des avortements thérapeutiques peuvent être légalement pratiqués. Le «comité de l'avortement thérapeutique» d'un hôpital s'entend, d'après le par. 251(6), d'un comité formé d'au moins trois médecins et dont le médecin qui pratique l'avortement est exclu en vertu du par. 251(4). Comme le fait observer le Juge en chef, ces deux dispositions ont pour effet conjugué d'exiger qu'il y ait au moins quatre médecins à l'hôpital pour que l'avortement thérapeutique puisse être légalement autorisé et pratiqué. Le fait d'exiger qu'il y ait quatre médecins empêche manifestement de pratiquer des avortements thérapeutiques dans des hôpitaux qui ne comptent pas quatre médecins.

De plus, l'exigence du par. 251(4) portant que les avortements licites ne soient pratiqués que dans des hôpitaux «accrédités» ou «approuvés» a aussi



contributing to the absence of hospitals, in some parts of Canada, in which lawful abortions are available. Section 251(6) defines "accredited hospital" as a hospital accredited by the Canadian Council on Hospital Accreditation in which diagnostic services and medical, surgical and obstetrical treatment are provided. Not only are some hospitals unable to qualify because they do not provide all these services, but some hospitals also fail to meet the Council's accreditation requirements.

Alternatively, therapeutic abortions may be performed in hospitals "approved" by the Ministers of Health in the province, and standards to be met for approval vary considerably from province to province. The Badgley Report, at pp. 91 *et seq.*, noted this variation in 1977. In Newfoundland, for example, the Department of Health guidelines required hospitals seeking approval to establish therapeutic abortion committees to have a minimum of six members of the medical staff willing to co-operate with or recognize the existence of a therapeutic abortion committee, the presence of a gynaecologist on the medical staff, and 100 beds or more in the hospital, even though many abortions are done on an out-patient basis. Thus, of 46 public general hospitals in the province in 1976, 35 were excluded by these provincial criteria, leaving only 11 hospitals qualified to establish therapeutic abortion committees, with no obligation to do so. In Saskatchewan, where provincial regulations included a requirement of a rated bed capacity of 50 beds or more, 110 of 133 general hospitals were ineligible to establish a therapeutic abortion committee. In Ontario, where the provincial regulations included a requirement of 10 or more members on a hospital's active medical staff, 51 of 205 general hospitals were ineligible to establish committees. The *Criminal Code*, under the "approved" hospital requirement, not only allows for an unequal distribution of hospitals across Canada, but also permits provincial authorities to set standards which appear at times largely irrelevant to the performance of therapeutic abortions.

pour effet de contribuer à l'absence, dans certaines régions du Canada, d'hôpitaux où il est possible d'obtenir des avortements licites. Le paragraphe 251(6) définit l'expression «hôpital accrédité» comme un hôpital accrédité par le Conseil canadien d'accréditation des hôpitaux, dans lequel sont fournis des services de diagnostic et des traitements médicaux, chirurgicaux et obstétricaux. Non seulement certains hôpitaux sont-ils inadmissibles parce qu'ils ne fournissent pas tous ces services, mais encore d'autres ne répondent pas aux exigences d'accréditation du Conseil.

Subsidiairement, des avortements thérapeutiques peuvent être pratiqués dans des hôpitaux «approuvés» par le ministre de la Santé d'une province et les critères d'approbation varient alors considérablement d'une province à l'autre. Le rapport Badgley a souligné cet écart en 1977, aux pp. 100 et suivantes. À Terre-Neuve, par exemple, les directives du ministère de la Santé exigent que les hôpitaux qui cherchent à obtenir l'autorisation d'établir des comités de l'avortement thérapeutique comptent au moins six membres de leur personnel médical qui soient disposés à coopérer avec un comité de l'avortement thérapeutique ou à en reconnaître l'existence, qu'il y ait un gynécologue parmi le personnel médical et que l'hôpital compte au moins 100 lits, même si de nombreux avortements sont pratiqués en consultation externe. Ainsi, sur les 46 hôpitaux généraux publics que comptait la province en 1976, 35 ont été exclus par ces critères provinciaux, de sorte qu'il ne restait que 11 hôpitaux qualifiés pour établir des comités de l'avortement thérapeutique, sans qu'ils soient tenus de le faire. En Saskatchewan, où la réglementation provinciale exigeait un taux de capacité de 50 lits ou plus, 110 des 133 hôpitaux généraux n'avaient pas les qualités requises pour établir un comité de l'avortement thérapeutique. En Ontario, où la réglementation provinciale exigeait que le personnel médical actif de l'hôpital comporte dix membres ou plus, 51 des 205 hôpitaux généraux étaient inaptes à établir de tels comités. Le *Code criminel*, en exigeant qu'un hôpital soit "approuvé", permet non seulement une répartition inégale des hôpitaux à travers le Canada, mais habilite aussi les autorités provinciales à fixer des normes qui semblent parfois n'avoir que fort peu de rapport avec la pratique d'avortements thérapeutiques.

Thus, the requirements of s. 251 seriously limit the number of hospitals which are eligible to perform lawful abortions, causing an absence or a serious lack of therapeutic abortion facilities in many parts of the country. The conclusions of the Badgley Report are startling (at p. 105):

Of the total of 1,348 non-military hospitals in Canada in 1976, 789 hospitals, or 58.5 percent, were ineligible in terms of their major treatment functions, the size of their medial staff, or their type of facility to establish therapeutic abortion committees.

The rules in s. 251(4) limiting the number of eligible hospitals means that a significant proportion of Canada's population is not served by hospitals in which therapeutic abortions can lawfully be performed. The Badgley Report, at p. 109, concluded in 1977 that 39.3 per cent of the total female population of Canada was not served by eligible hospitals. As we have already seen, the absence of eligible hospitals in some parts of Canada compels many pregnant women to leave their own communities to seek medical treatment in a place where an eligible hospital is available to admit them as patients. A pregnant woman in these circumstances will inevitably incur a delay in obtaining a therapeutic abortion.

The lack of hospitals with therapeutic abortion committees is made more serious by the refusal of certain hospital boards to appoint therapeutic abortion committees in hospitals which would otherwise qualify under the *Criminal Code*. Given that therapeutic abortions can only be performed in eligible hospitals and that the committee certifying the abortion must come from that hospital, this effectively contributes to the inaccessibility of the treatment. Nothing in the *Criminal Code* obliges the board of an eligible hospital to appoint therapeutic abortion committees. Indeed, a board is entitled to refuse to appoint a therapeutic abortion committee in a hospital that would otherwise qualify to perform abortions and boards often do so in Canada. Given that the decision to appoint a committee is, in part, one of conscience and, in

Ainsi les exigences de l'art. 251 limitent sérieusement le nombre d'hôpitaux qui peuvent pratiquer des avortements licites, ce qui entraîne une absence ou un manque grave d'établissements où l'on pratique l'avortement thérapeutique dans de nombreuses régions du pays. Les conclusions du rapport Badgley sont saisissantes (à la p. 115):

Sur les 1,348 hôpitaux civils que comptait le Canada en 1976, 789 hôpitaux, soit 58.5 pour cent, n'étaient pas aptes à établir un comité de l'avortement thérapeutique, soit en raison de la spécialisation des traitements fournis dans ces établissements, soit à cause d'un personnel médical insuffisant ou du genre d'installations dont ils disposaient.

Les règles du par. 251(4) qui limitent le nombre d'hôpitaux admissibles signifient qu'une proportion importante de la population canadienne n'est pas desservie par des hôpitaux où des avortements thérapeutiques peuvent être pratiqués licitement. Le rapport Badgley, à la p. 120, a conclu en 1977 que 39,3 pour 100 de la population féminine totale du Canada n'était pas desservie par des hôpitaux admissibles. Comme nous l'avons déjà vu, l'absence d'hôpitaux admissibles dans certaines régions du Canada force un grand nombre de femmes enceintes à quitter leur propre localité pour aller demander des soins médicaux là où un hôpital admissible peut les accueillir comme patientes. Une femme enceinte, dans ces circonstances, devra inévitablement attendre pour obtenir un avortement thérapeutique.

Le manque d'hôpitaux dotés d'un comité de l'avortement thérapeutique est aggravé par le refus de certains conseils d'hôpitaux, par ailleurs admissibles en vertu du *Code criminel*, de nommer des comités de l'avortement thérapeutique. Comme les avortements thérapeutiques ne peuvent être pratiqués que dans des hôpitaux admissibles et que le comité qui certifie l'avortement doit être formé par l'hôpital même, il en découle effectivement une impossibilité de se faire traiter. Rien dans le *Code criminel* n'oblige le conseil d'un hôpital admissible à nommer des comités de l'avortement thérapeutique. En fait, un conseil a le droit de refuser de nommer un comité de l'avortement thérapeutique dans un hôpital qui aurait, par ailleurs, les qualités requises pour pratiquer des avortements, et les conseils le font souvent au Canada. Comme la

some cases, one which affects religious beliefs, a law cannot force a board to appoint a committee any more than it could force a physician to perform an abortion. The defect in the law is not that it does not force boards to appoint committees, but that it grants exclusive authority to those boards to make such appointments.

In "Abortion and the Just Society" (1970), 5 *R.J.T.* 27, at p. 36, lawyer Natalie Fochs Isaacs correctly anticipated the effect of the exclusive authority of hospital boards in establishing committees:

S. 237 [now s. 251] sets out the requirement of the certification of therapeutic abortion by a therapeutic abortion committee prior to its performance. But the section does not require any hospital to set up such a committee. Given the undesirability of forcing any hospital to do so, the restriction of legal abortions to this type of preliminary certification fails nevertheless to provide for alternative methods of prior medical consultation among those staff members of any hospital opposed to the creation of the committee required, who themselves approve of therapeutic abortions. The new legislation in this manner also places the prospective petitioner for the operation at the mercy of the institutional policy of what may be the only hospital available in her community. [Footnotes omitted.]

The Badgley Report, at p. 93, again documented the reduction of the number of hospitals with therapeutic abortion committees due to the refusal of boards of hospitals which would otherwise qualify under the law to appoint committees. In Newfoundland, 6 of the 11 hospitals which were otherwise qualified to perform therapeutic abortions did in fact appoint committees so that only 6 of a total of 46 general hospitals were eligible to perform therapeutic abortions under the *Criminal Code*. In Quebec, 31 of 128 general hospitals appointed therapeutic abortion committees. In Saskatchewan, 10 of 133 general hospitals appointed committees. In Manitoba, 8 of 78 general hospitals appointed committees. Overall, the Badgley Report, *supra*, at p. 105, concluded in the following terms:

décision de nommer un comité est, en partie, une décision de conscience et, dans certains cas, une décision qui touche aux croyances religieuses, une loi ne peut forcer un conseil à nommer un comité, pas plus qu'elle ne peut forcer un médecin à pratiquer un avortement. Le défaut de la loi réside non pas dans le fait qu'elle ne force pas les conseils à nommer des comités, mais dans celui qu'elle confère à ces conseils le pouvoir exclusif de les nommer.

Dans son article intitulé «Abortion and the Just Society» (1970), 5 *R.J.T.* 27, à la p. 36, M<sup>me</sup> Natalie Fochs Isaacs avait prévu avec justesse l'effet qu'aurait le pouvoir exclusif des conseils d'hôpitaux d'établir des comités:

[TRADUCTION] L'article 237 [maintenant l'art. 251] énonce l'exigence de la certification d'un avortement thérapeutique par un comité de l'avortement thérapeutique avant qu'il ne soit pratiqué. Mais l'article n'oblige aucun hôpital à former un tel comité. Comme il n'est pas souhaitable de forcer un hôpital à le faire, la limitation des avortements légaux par ce genre de certification préliminaire ne fournit cependant aucun mode subsidiaire de consultation médicale préalable chez les membres du personnel de tout hôpital opposé à la création du comité requis qui sont eux-mêmes en faveur des avortements thérapeutiques. La nouvelle mesure législative fait également en sorte que la personne qui demandera éventuellement à subir l'intervention sera à la merci de la politique institutionnelle de ce qui est peut être l'unique hôpital existant dans sa localité. [Omission des notes en bas de page.]

Le rapport Badgley, à la p. 102, fournit aussi des données sur la réduction du nombre d'hôpitaux dotés d'un comité de l'avortement thérapeutique par suite du refus des conseils des hôpitaux par ailleurs admissibles en vertu de la loi de nommer des comités. À Terre-Neuve, 6 des 11 hôpitaux par ailleurs admissibles à pratiquer des avortements thérapeutiques ont effectivement nommé des comités, de sorte que seulement 6 hôpitaux généraux sur un total de 46 étaient aptes à pratiquer des avortements thérapeutiques en vertu du *Code criminel*. Au Québec, 31 des 128 hôpitaux généraux ont nommé des comités de l'avortement thérapeutique. En Saskatchewan, 10 des 133 hôpitaux généraux ont nommé de tels comités. Au Manitoba, 8 des 78 hôpitaux généraux ont nommé des comités. De manière générale, le rapport Badgley, précité, conclut ce qui suit, à la p. 116:

In terms of all civilian hospitals (1,348) in Canada in 1976, 20.1 percent had established a therapeutic abortion committee. If only those general hospitals which met hospital practices and provincial requirements and were not exempt in terms of their special treatment facilities are considered, then of these 559 hospitals, 271 hospitals, or 48.5 percent, had established therapeutic abortion committees, while 288 hospitals, or 51.5 percent, did not have these committees.

According to the Powell Report, a comparable fraction of hospitals had established therapeutic abortion committees in Ontario: "out of 176 accredited acute care hospitals, 95 (54%) had therapeutic abortion committees" (at p. 24). The figures reported by the Badgley Committee in 1977 were confirmed in a recent Statistics Canada report according to which the total number of hospitals with therapeutic abortion committees fell across the country from 271 in 1976 to 250 in 1985 (*Therapeutic abortions, 1985* (1986), at p. 12).

For the purposes of the case at bar, it is important to reiterate that the absence of hospitals with therapeutic abortion committees in many parts of Canada is caused by the following requirements of the law:

- (a) that a total of four physicians in the hospital must participate in the authorization and performance of the therapeutic abortion;
- (b) that the hospital must be "approved" or "accredited"; and
- (c) that only the board of the hospital is entitled to appoint a therapeutic abortion committee.

Finally, it is worth noting that 18 per cent of the hospitals that did have therapeutic abortion committees in 1984 performed no therapeutic abortions (*Therapeutic abortions, 1985, supra*, at p. 38). Dr. Augustin Roy, the President of the Corporation professionnelle des médecins du Québec, testified at trial that of the 30 hospitals with therapeutic abortion committees in Quebec, "only about fourteen or fifteen of these hospitals are operational, because many of them, say half of

Si l'on considère l'ensemble des hôpitaux civils au Canada en 1976, soit 1,348 établissements, 20.1 pour cent d'entre eux avaient établi un comité de l'avortement thérapeutique. Si l'on considère uniquement les hôpitaux généraux qui satisfaisaient aux exigences provinciales et aux normes de la pratique hospitalière et qui n'étaient pas exclus du fait de leur spécialisation, sur ces 559 centres hospitaliers, 271 hôpitaux, soit 48.5 pour cent, avaient établi un comité de l'avortement thérapeutique tandis que 288 hôpitaux, soit 51.5 pour cent, n'en avaient pas formé.

D'après le rapport Powell, une proportion comparable d'hôpitaux avaient établi des comités de l'avortement thérapeutique en Ontario: [TRADUCTION] «des 176 hôpitaux à soins intensifs accrédités, 95 (54 %) avaient des comités de l'avortement thérapeutique» (à la p. 24). Les chiffres publiés par le comité Badgley en 1977 ont été confirmés dans un rapport récent de Statistique Canada selon lequel le nombre total d'hôpitaux pourvus d'un comité de l'avortement thérapeutique est passé, à l'échelle du pays, de 271 en 1976 à 250 en 1985 (*Avortements thérapeutiques, 1985* (1986), à la p. 12).

Pour les fins de l'espèce, il importe de réitérer que l'absence, dans de nombreuses régions du Canada, d'hôpitaux dotés d'un comité de l'avortement thérapeutique est due aux conditions suivantes de la loi, savoir:

- a) qu'un nombre total de quatre médecins de l'hôpital doivent participer à l'autorisation et à la pratique de l'avortement thérapeutique;
- b) que l'hôpital doit être "approuvé" ou "accrédité"; et
- c) que seul le conseil de l'hôpital a le droit de nommer un comité de l'avortement thérapeutique.

Enfin, il vaut la peine de noter que 18 pour 100 des hôpitaux qui avaient des comités de l'avortement thérapeutique en 1984 n'ont pratiqué aucun avortement thérapeutique (*Avortements thérapeutiques, 1985, précité*, à la p. 38). Le Dr Augustin Roy, président de la Corporation professionnelle des médecins du Québec, a déclaré dans son témoignage au procès que sur les 30 hôpitaux pourvus de comités de l'avortement thérapeutique au Québec, [TRADUCTION] «seuls environ quatorze ou quinze de ces hôpitaux étaient opérationnels, parce

them, have a committee but they don't do any abortions. It is a committee on paper."

A hospital with a dormant committee is no more useful to a pregnant woman seeking a therapeutic abortion than a hospital without a committee or no hospital at all. The delay suffered by a pregnant woman because her local hospital has a dormant committee is perhaps more the result of internal hospital policy than of s. 251 of the *Criminal Code*, but s. 251 is at least indirectly the cause of the delay in requiring an opinion from the therapeutic abortion committee of that hospital before a lawful abortion can be performed there.

## (2) Delays Caused by Quotas

Delays result not only from the absence or inactivity of therapeutic abortion committees. The evidence discloses that some hospitals with committees impose quotas on the number of therapeutic abortions which they perform while others place quotas on patients depending on their place of residence. The evidence at trial confirmed that these quotas, initially observed in the Badgley Report, at pp. 258 *et seq.*, have been retained in many Canadian hospitals and that they often delay timely medical treatment for pregnant women seeking therapeutic abortions. It is true, of course, that these quotas are set by internal hospital policy and not by the terms of the law itself. It is also true that quotas may be necessary given hospitals' limited resources and the significant demands placed on those resources by pregnant women seeking abortions, some of whom may not qualify for therapeutic abortions in respect of the standard of s. 251(4). There is evidence, however, of quotas in absolute numbers of abortions performed and quotas based on the place of residence which can affect women who otherwise qualify for lawful abortions under s. 251(4)(c). Indeed the Badgley Committee reported in 1977, at p. 259, that:

que beaucoup d'entre eux, disons la moitié, ont bel et bien un comité, mais ils ne pratiquent pas d'avortements. C'est un comité sur papier.»

Un hôpital dont le comité est inactif n'est pas plus utile à une femme enceinte qui veut un avortement thérapeutique qu'un hôpital sans comité ou que pas d'hôpital du tout. Le délai imposé à une femme enceinte parce que le comité de l'hôpital local est inactif résulte peut-être plus de la politique interne de l'hôpital que de l'art. 251 du *Code criminel*, mais l'art. 251 est à tout le moins indirectement la cause du délai du fait qu'il requiert l'opinion du comité de l'avortement thérapeutique de cet hôpital avant qu'un avortement licite puisse y être pratiqué.

## (2) Les délais dus au contingentement

Les délais ne résultent pas uniquement de l'absence ou de l'inactivité des comités de l'avortement thérapeutique. Il ressort de la preuve que certains hôpitaux ayant des comités contingentent le nombre d'avortements thérapeutiques, alors que d'autres contingentent les patientes en fonction de leur lieu de résidence. La preuve soumise en première instance confirme que ces contingents, signalés initialement par le rapport Badgley, aux pp. 287 *et suiv.*, existent toujours dans de nombreux hôpitaux canadiens et qu'ils ont souvent pour effet d'empêcher les femmes enceintes qui demandent des avortements thérapeutiques de recevoir un traitement médical en temps opportun. Il est vrai, bien sûr, que ces contingents résultent de la politique interne de l'hôpital et non des termes de la loi elle-même. Il est vrai également que ces contingents peuvent être nécessaires, compte tenu des ressources limitées des hôpitaux et de la demande importante dont font l'objet ces ressources de la part des femmes enceintes qui veulent se faire avorter et dont certaines peuvent ne pas avoir les qualités requises pour obtenir un avortement thérapeutique selon le critère du par. 251(4). Toutefois, on a soumis en preuve l'existence de contingents fixés en nombre absolu d'avortements pratiqués et de contingents fondés sur le lieu de résidence qui peuvent toucher des femmes par ailleurs aptes à obtenir un avortement licite en vertu de l'al. 251(4)c). D'ailleurs, le comité Badgley déclarait ceci en 1977, à la p. 288 de son rapport:

Two out of five hospitals (38.2 per cent) considered only applications from women who were considered to reside with the hospital's usual service catchment area. Residential requirements and patient quotas were more often adopted in the Maritimes (43.8 per cent) and Quebec (66.7 per cent) than among hospitals elsewhere where about a third followed this practice. Where the proportion of the hospitals with committees having these residency or quota requirements was higher in a province or a region, there were proportionately more women who went to the United States to obtain induced abortions.

Deux hôpitaux sur 5 (38.2 pour cent) n'étudiaient que les demandes des femmes résidant sur le territoire généralement desservi par l'hôpital. Des conditions de résidence et des quotas de patientes étaient plus fréquemment imposés dans les provinces maritimes (43.8 pour cent) et le Québec (66.7 pour cent) que dans les hôpitaux des autres provinces où seulement un tiers d'entre eux posait de telles conditions. Dans les provinces ou les régions où la proportion d'hôpitaux ayant un comité et ayant établi de telles conditions de résidence ou des quotas était plus élevée, il y avait proportionnellement plus de femmes qui allaient aux États-Unis pour obtenir un avortement provoqué.

These quotas are inevitable given that s. 251 requires that therapeutic abortions be performed only in eligible hospitals and that there is a lack of hospitals with committees in some parts of the country. The quotas cannot, therefore, be said to reflect simple administrative or budgetary constraints. In this respect, the s. 251 procedure is again the source of delays in medical treatment.

Ces contingents sont inévitables si l'on tient compte du fait que l'art. 251 exige que les avortements thérapeutiques ne soient pratiqués que dans des hôpitaux admissibles et qu'il y a absence d'hôpitaux dotés de comités dans certaines régions du pays. On ne peut donc pas affirmer que les contingents sont simplement le reflet de contraintes administratives ou budgétaires. À cet égard, la procédure de l'art. 251 est ici encore à l'origine de délais dans les soins prodigués.

### (3) Delays Caused by the Committee Requirement

### (3) Les délais dus à l'obligation de recourir à un comité

The committee requirement itself contributes to a delay in securing treatment. The law requires the therapeutic abortion committee to certify that the standard of s. 251(4) has been met before a therapeutic abortion can proceed lawfully. As I shall endeavour to explain in my consideration of s. 251 and the principles of fundamental justice, I believe that the state interest in the protection of the foetus justifies the requirement that the standard of s. 251(4) be ascertained by independent medical opinion. This being the case, some delay will always be incurred whatever system is put in place to ensure that the standard has been met. However, at this stage of my analysis, I seek only to establish that a delay has in fact been caused by the present requirements of the *Criminal Code*.

L'obligation d'avoir recours à un comité contribue elle-même à retarder le traitement. La loi oblige le comité de l'avortement thérapeutique à certifier que le critère du par. 251(4) est respecté pour que l'on puisse pratiquer licitement un avortement thérapeutique. Comme je tenterai de l'expliquer dans mon examen de l'art. 251 au regard des principes de justice fondamentale, je crois que l'intérêt qu'a l'État dans la protection du foetus justifie l'exigence que le critère du par. 251(4) fasse l'objet d'une opinion médicale indépendante. Cela étant, il y aura toujours un certain délai quel que soit le système mis en place pour assurer que le critère est respecté. Toutefois, à ce stade de mon analyse, je ne cherche qu'à établir que les exigences actuelles du *Code criminel* sont effectivement à l'origine d'un délai.

The time needed to convene the committee in the hospital, for the pregnant woman's file to come before the committee, for her application to be evaluated by whatever means the committee may choose and for the certificate to be issued to the

Le temps qu'il faut pour réunir le comité de l'hôpital, pour que le dossier de la femme enceinte parvienne devant le comité, pour que sa demande soit évaluée quels que soient les moyens choisis par le comité, et pour que le certificat soit délivré au

qualified medical practitioner together create some delay for obtaining treatment. The Badgley Report, at p. 146, identified an average interval of 8.0 weeks until the induced abortion operation was done after the pregnant woman's initial visit to her physician. Some of this delay is attributable to the absence of committees and hospital quotas which I have outlined above. It is difficult to isolate with precision the fraction of the delay attributable to the committee requirement taken by itself. It is relevant as one part of the overall delay which pregnant women must endure to obtain a therapeutic abortion.

In spite of evidence that the overall delay has been reduced, as will be seen shortly, the committee requirement continues to add to the delay. In 1987, the Powell Report, at p. 27, identified as one problem the number of committee members who must certify that the s. 251(4) standard has been met:

The number of members on the TAC [therapeutic abortion committee] ranges from three to five although up to seven members sit on some committees. When five or seven members have been appointed and no quorum is stated, a majority of the committee (three to five) must be present and three must approve each abortion. This has caused problems in several of the hospitals contacted, where it was not possible for an adequate number of members to be present and the meeting had to be rescheduled. Thus precious time was lost and the abortion delayed to a more advanced gestational age.

Furthermore, the delays caused by the committee requirements necessarily impact upon the pregnant woman who seeks to become a patient of the hospital for which the committee has been appointed. Section 251(4) states in part that it is "the therapeutic abortion committee for that accredited or approved hospital" which must issue the certificate [emphasis added]. This precludes a committee from one hospital from authorizing abortions which take place at other hospitals. Eliminating such a requirement would have the effect of shortening the delays without forcing reluctant hospital boards or hospital staff to participate.

médecin qualifié est globalement à l'origine d'un certain délai dans l'obtention du traitement. Le rapport Badgley, à la p. 163, constate qu'il s'écoule un intervalle moyen de 8 semaines avant qu'on ne provoque l'avortement, après la première visite de la femme enceinte chez son médecin. Une partie de ce délai est attribuable à l'absence de comité et aux contingents hospitaliers que j'ai mentionnés précédemment. Il est difficile d'identifier avec précision la fraction du délai attribuable à l'obligation même de recourir à un comité. Sa pertinence tient au fait qu'il s'agit d'une partie du délai global auquel les femmes enceintes doivent se plier pour obtenir un avortement thérapeutique.

En dépit de la preuve que le délai global a été réduit, comme on le verra bientôt, l'obligation de s'adresser à un comité accroît toujours ce délai. En 1987, le rapport Powell a constaté que l'un des problèmes était le nombre de membres du comité qui doivent certifier que le critère du par. 251(4) est respecté (à la p. 27):

[TRADUCTION] Le nombre de membres du CAT (comité de l'avortement thérapeutique) varie de trois à cinq, mais il arrive que certains comités comptent jusqu'à sept membres. Lorsque cinq ou sept membres ont été nommés sans qu'aucun quorum ne soit fixé, une majorité du comité (de trois à cinq) doit être présente et il en faut trois pour approuver chaque avortement. C'était là une source d'ennuis dans plusieurs des hôpitaux rejoints, lorsqu'il était impossible d'obtenir la présence d'un nombre adéquat de membres et qu'il fallait reporter la réunion. Ainsi un temps précieux était perdu et l'avortement reporté à un stade de grossesse plus avancé.

De plus, les délais dus à l'obligation de recourir à un comité ont, par la force des choses, un effet sur la femme enceinte qui veut être admise à l'hôpital pour lequel le comité a été nommé. Le paragraphe 251(4) précise notamment que c'est "le comité de l'avortement thérapeutique de cet hôpital accrédité ou approuvé" qui doit délivrer le certificat [je souligne]. Cela empêche le comité d'un hôpital d'autoriser des avortements dans d'autres hôpitaux. L'élimination de cette exigence aurait pour effet de réduire les délais sans forcer les conseils d'hôpitaux ou le personnel de l'hôpital récalcitrants à participer.

## 2. Consequences of the Delays

The delays which a pregnant woman may have to suffer as a result of the requirements of s. 251(4) must undermine the security of her person in order that there be a violation of this element of s. 7 of the *Charter*. As I said earlier, s. 7 cannot be invoked simply because a woman's pregnancy amounts to a medically dangerous condition. If, however, the delays occasioned by s. 251(4) of the *Criminal Code* result in an additional danger to the pregnant woman's health, then the state has intervened and this intervention constitutes a violation of that woman's security of the person. By creating this additional risk, s. 251 prevents access to effective and timely medical treatment for the continued pregnancy which would or would be likely to endanger her life or health. If an effective and timely therapeutic abortion may only be obtained by committing a crime, then s. 251 violates the pregnant woman's right to security of the person.

The evidence reveals that the delays caused by s. 251(4) result in at least three broad types of additional medical risks. The risk of post-operative complications increases with delay. Secondly, there is a risk that the pregnant woman require a more dangerous means of procuring a miscarriage because of the delay. Finally, since a pregnant woman knows her life or health is in danger, the delay created by the s. 251(4) procedure may result in an additional psychological trauma. I shall explain each of the additional risks in turn.

The Chief Justice outlined the different techniques employed to perform abortions at different stages of pregnancy and the increasing risk attached to each method as gestational age advances. As he also noted, the evidence showed that within the periods appropriate to each method of abortion, the earlier the abortion was performed, the lower the risk of complication. Evidence introduced at trial confirms findings in the Badgley Report, at pp. 308 *et seq.*, and the Powell Report, at p. 23, that the earlier an abortion is performed, the less chance a woman has of

## 2. Les conséquences des délais

Les délais auxquels une femme enceinte peut avoir à se plier par suite des exigences du par. 251(4) doivent porter atteinte à la sécurité de sa personne pour qu'il y ait violation de cet élément de l'art. 7 de la *Charte*. Comme je l'ai dit précédemment, l'art. 7 ne saurait être invoqué simplement parce que la grossesse d'une femme constitue un état dangereux du point de vue médical. Si toutefois les délais causés par le par. 251(4) du *Code criminel* entraînent un danger additionnel pour la santé de la femme enceinte, alors l'État intervient et cette intervention constitue une violation de la sécurité de la personne de cette femme. En créant ce risque additionnel, l'art. 251 empêche l'obtention en temps opportun, du traitement médical efficace d'une femme dont la continuation de la grossesse mettrait ou mettrait probablement en danger sa vie ou sa santé. Si un avortement thérapeutique efficace ne peut être obtenu en temps opportun que par la perpétration d'un crime, l'art. 251 viole alors le droit de la femme enceinte à la sécurité de sa personne.

La preuve révèle que les délais causés par le par. 251(4) entraînent des risques médicaux additionnels d'au moins trois grandes catégories. Le risque de complications postopératoires croît avec le délai. Ensuite, il y a le risque qu'il faille recourir à une méthode d'avortement plus dangereuse à cause du délai. Enfin, comme la femme enceinte sait que sa vie ou sa santé est en danger, le délai engendré par la procédure du par. 251(4) est susceptible de causer un traumatisme psychologique additionnel. Je vais expliquer chacun de ces risques supplémentaires l'un après l'autre.

Le Juge en chef a exposé les différentes techniques employées pour pratiquer des avortements aux différents stades de la grossesse et a souligné le risque grandissant lié à chaque méthode, au fur et à mesure que la grossesse avance. Comme il l'a aussi noté, la preuve soumise démontrait que, à l'intérieur des périodes qui s'appliquent à chaque méthode d'avortement, plus l'avortement était pratiqué tôt, moins il y avait de risques de complications. Les éléments de preuve produits en première instance confirment les constatations du rapport Badgley, aux pp. 343 et suiv., et du rapport Powell,



experiencing a post-operative complication, whatever abortion technique is used. The respondent agrees with this proposition but cites the low complication rate across Canada and the negligible mortality rate reported since 1974 as evidence that abortion under the current system is very safe. According to *Therapeutic abortions, 1985, supra*, at p. 20, no Canadian women have died as a result of therapeutic abortion since 1979. One such death took place in 1974 and another in 1979.

It should be noted, however, that reported complication rates for any given abortion technique are generally limited to certain post-operative physical complications and do not include data on psychological complications inherent to those techniques. Furthermore, the psychological trauma that women suffer before the operation is not reflected in reported figures. This is equally true for any physical complications associated with the pregnant woman's initially dangerous condition which may arise during the delay before the therapeutic abortion.

However low the post-operative complication rate may appear, it increases as gestational age advances. In other words, with each passing week of pregnancy, even in the very early stages, the risk to health that an abortion represents increases. *Therapeutic abortions, 1982* confirms this. The complication rate for abortions performed under nine weeks was 0.7 per cent. This increased to 1.0 per cent in the 9 to 12 week gestation period. A complication rate of 8.5 per cent was reported for the 13 to 16 week gestation period. The complication rate for the 17 to 20 week gestation period was higher still, reported as 22 per cent (*Therapeutic abortions, 1982* (1984), at p. 111). Ontario statistics cited in the Powell Report confirm these national figures for that province. Data from 1976, 1981 and 1984 confirm the relation between abortion complications and gestational age in Ontario. In terms of absolute numbers, there were twice as many reported complications for women with gestational age 13 weeks and above compared to gestational age under 13 weeks. The rate expressed

à la p. 23, que plus l'avortement est pratiqué tôt, moins il y a de chances qu'une femme éprouve des complications postopératoires, quelle que soit la technique utilisée. L'intimée reconnaît cela, mais cite le faible taux de complications qui existe partout au Canada, et le taux négligeable de mortalité rapporté depuis 1974 comme preuve que l'avortement selon le système actuel est très sûr. D'après *Avortements thérapeutiques, 1985*, précité, à la p. 20, aucune Canadienne n'est morte des suites d'un avortement thérapeutique depuis 1979. Un tel décès a eu lieu en 1974 et un autre en 1979.

Il faut rappeler cependant que les taux de complications rapportés pour toute technique d'avortement donnée sont généralement limités à certaines complications postopératoires somatiques et ne comprennent pas les données sur les complications psychologiques inhérentes à ces techniques. De plus, les chiffres rapportés ne reflètent pas le traumatisme psychologique éprouvé par les femmes avant l'intervention. Il en va également de même pour toute complication somatique liée à la condition initialement dangereuse de la femme enceinte qui peut survenir au cours du délai précédant l'avortement thérapeutique.

Si faible que puisse paraître le taux de complications postopératoires, il croît au fur et à mesure que la grossesse avance. En d'autres termes, avec chaque semaine de grossesse qui passe, même dans les tout premiers stades, le danger qu'un avortement représente pour la santé croît. *Avortements thérapeutiques, 1982* le confirment. Le taux de complications pour les avortements pratiqués avant neuf semaines était de 0,7 pour 100. Il augmentait à 1 pour 100 pour la période comprise entre 9 et 12 semaines de grossesse. Un taux de complications de 8,5 pour 100 était rapporté pour celle comprise entre 13 et 16 semaines de grossesse. Le taux de complications pour la période comprise entre 17 et 20 semaines de grossesse était encore plus élevé, soit 22 pour 100 (*Avortements thérapeutiques, 1982* (1984), à la p. 111). Les statistiques ontariennes publiées dans le rapport Powell confirment que des chiffres analogues s'appliquent à cette province. Les données pour 1976, 1981 et 1984 confirment pour l'Ontario le rapport qui existe entre les complications dues aux avorte-

as a percentage of total reported therapeutic abortions performed ("per 100 gestational age specific abortions") was ten times higher for the group of women with gestational age 13 weeks and above (see Powell Report, at p. 23 and Table 4).

The procedure set forth in s. 251(4) of the *Criminal Code* often causes, as we have seen, significant delays in obtaining therapeutic abortions. Delay increases the risk of post-operative complications. Section 251(4) thereby violates a pregnant woman's security of the person.

As I have already observed, the evidence indicates that the different techniques employed to perform abortions in Canada at different stages of pregnancy progressively increase risks to the woman. Expert testimony established that the suction dilation and curettage method generally used in the first twelve weeks is the safest technique. The dilation and evacuation method used from the thirteenth to the sixteenth week is relatively more dangerous. From the sixteenth week of pregnancy, an even more dangerous instillation method may be used. This method involves the introduction of prostaglandin, urea or saline solution which causes the woman to go into labour, giving birth to a foetus which is usually dead but not invariably so. Although the number of abortions done by the instillation technique amounts to only 4.5 per cent of the total number of therapeutic abortions performed in Canada, saline, urea or prostaglandin instillation is nevertheless used for 85.6 per cent of therapeutic abortions for women at least 16 weeks pregnant (*Therapeutic abortions, 1985, supra*, at pp. 18-19). It has been shown that the complication rate increases dramatically with the use of the instillation procedure (*ibid.*, at p. 50). In addition, psychological trauma resulting from induced labour and the birth of the foetus is a very real consideration which is not included in post-

ments et le stade de la grossesse. En nombres absolus, deux fois plus de complications sont rapportées dans le cas des femmes enceintes depuis 13 semaines et plus, comparativement aux femmes enceintes depuis moins de 13 semaines. Le taux, exprimé en pourcentage du nombre total d'avortements thérapeutiques pratiqués qui ont été rapportés ([TRADUCTION] «pour 100 avortements pratiqués à ce stade de la grossesse»), était dix fois supérieur dans le cas du groupe de femmes enceintes depuis treize semaines et plus (voir le rapport Powell, à la p. 23 et au tableau 4).

La procédure énoncée au par. 251(4) du *Code criminel* engendre souvent, comme nous l'avons vu, des délais importants dans l'obtention des avortements thérapeutiques. Les délais accroissent le risque de complications postopératoires. Le paragraphe 251(4) viole donc la sécurité de la personne d'une femme enceinte.

Comme je l'ai déjà fait observer, il ressort de la preuve que les différentes techniques employées pour pratiquer des avortements au Canada, à différents stades de la grossesse, accroissent progressivement les dangers pour la femme. Le témoignage des experts établit que la méthode de l'aspiration et de la dilatation, suivies d'un curetage, utilisée dans les douze premières semaines est la technique la plus sûre. La méthode de la dilatation cervicale et de l'évacuation utérine utilisée entre la treizième et la seizième semaines est relativement plus dangereuse. À partir de la seizième semaine de grossesse, on peut avoir recours à la méthode médicamenteuse qui est encore plus dangereuse. Cette méthode comporte l'introduction de prostaglandine, d'urée ou d'une solution saline qui provoque les contractions chez la femme, qui accouche alors d'un foetus habituellement mort-né, encore que ce ne soit pas toujours le cas. Bien que le nombre d'avortements provoqués par la méthode médicamenteuse ne soit que de 4,5 pour 100 du nombre total d'avortements thérapeutiques pratiqués au Canada, la technique de l'introduction de la solution saline, d'urée ou de prostaglandine est néanmoins employée dans 85,6 pour 100 des avortements thérapeutiques des femmes enceintes depuis au moins 16 semaines (*Avortements thérapeutiques, 1985, précité*, aux pp. 18 et 19). Il a été

operative statistics. It is in the pregnant woman's utmost interest that the delay for obtaining a therapeutic abortion be as short as possible so that the risks associated with more dangerous abortion techniques can be avoided.

Women are aware of the increased risk associated with the later stage abortion techniques. They are also aware of the more traumatic circumstances in which these techniques, particularly the instillation methods, are carried out. It is thus not only the risk of post-operative complications that increases progressively with each method. Women are aware of the increased risk well before the operation is performed. Experts testified at trial that awareness of the increased post-operative risk and of the added trauma associated with the later-stage methods create an increased psychological risk to health distinct from the increased physical risk. There is a world of difference, from the psychological point of view of the patient, between a reputedly safe technique of abortion performed under local anaesthetic requiring only a few hours in a hospital and an abortion procedure with a substantially higher complication rate performed under general anaesthetic requiring a longer period of hospitalization, and involving the trauma of induced labour and the delivery of a dead foetus. When the delays caused by s. 251(4) require a woman to undergo a saline procedure abortion, for example, the psychological trauma associated with that procedure amounts to an additional risk to health attributable to the *Criminal Code*. More generally, the delay that a pregnant woman must endure before she receives treatment of any kind results in psychological trauma. To force a woman, under threat of criminal sanction, to wait for medical treatment when she knows that her pregnancy represents a danger to her life or health is a violation of her right to security of the person. As was stated in *Collin v. Lussier*, [1983] 1 F.C. 218, at p. 239 (later reversed on appeal,

démontré que le taux de complications croît dramatiquement avec le recours à la méthode médicamenteuse (*ibid.*, à la p. 50). En outre, le traumatisme psychologique résultant de la provocation des contractions et de l'accouchement d'un fœtus est un facteur fort réel que n'incluent pas les statistiques portant sur les complications postopératoires. Il est dans le plus grand intérêt de la femme enceinte que le délai d'obtention d'un avortement thérapeutique soit aussi court que possible de façon que les risques liés aux techniques d'avortement les plus dangereuses puissent être évités.

Les femmes savent que des risques accrus sont liés aux techniques d'avortement du dernier stade. Elles savent aussi que ces techniques, particulièrement la méthode médicamenteuse, sont employées dans des circonstances plus traumatisantes. Ce n'est donc pas uniquement le risque de complications postopératoires qui croît progressivement avec chaque méthode. Les femmes savent qu'il y a croissance des risques bien avant que l'intervention ne soit pratiquée. Des experts ont témoigné lors du procès que la conscience de cette croissance des risques postopératoires et du traumatisme additionnel lié aux méthodes du dernier stade crée un plus grand danger psychologique pour la santé, distinct du risque somatique accru. Il y a un monde, du point de vue psychologique de la patiente, entre une technique d'avortement sous anesthésie locale, réputée sans danger et ne requérant qu'un séjour de quelques heures à l'hôpital, et une méthode d'avortement sous anesthésie générale qui comporte un taux de complications sensiblement plus élevé et qui requiert l'hospitalisation et comporte le traumatisme découlant de la provocation des contractions et de l'accouchement d'un fœtus mort-né. Lorsque les délais engendrés par le par. 251(4) exigent qu'une femme se fasse avorter selon la méthode de la solution saline, par exemple, le traumatisme psychologique lié à cette méthode équivaut à un danger additionnel pour la santé, attribuable au *Code criminel*. De manière plus générale, le délai auquel une femme enceinte doit se plier avant de recevoir un traitement quelconque provoque un traumatisme psychologique. Forcer une femme, sous menace de répression pénale, à attendre de subir un traitement médical alors qu'elle sait que sa grossesse représente un danger

[1985] 1 F.C. 124, but cited with approval on this point by Wilson J. in *Singh v. Minister of Employment and Immigration, supra*, at p. 208):

... such detention, by increasing the applicant's anxiety as to his state of health, is likely to make his illness worse and, by depriving him of access to adequate medical care, it is in fact an impairment of the security of his person.

The psychological trauma that a pregnant woman suffers as a result of the delay shows that the procedure established by the *Criminal Code* violates the security of her person.

I have observed three instances in which s. 251 of the *Criminal Code* results in delays for women who qualify for therapeutic abortions in respect of the standard of s. 251(4)(c). This being said, the overall delay appears to have been reduced from the 8.0 weeks observed by the Badgley Committee in 1977. Evidence indicates that where a hospital with a committee is in place in a region, as in the case of Toronto, pregnant women can obtain therapeutic abortions within one to three weeks from their initial contact with a physician. Experts testified at trial that these delays are longer in some parts of the country, particularly in Quebec, but that overall delays have, on balance, been reduced. Furthermore, therapeutic abortion committees generally can speed up the certification process in an emergency situation, particularly when the pregnant woman's gestational age requires immediate medical attention. In spite of the reduction, however, these delays continue to result in an additional risk to the health of these women. The risk of post-operative complications increases with each passing week of delay. There is a heightened physical and psychological risk associated with later stage pregnancy techniques for abortion. Finally, psychological trauma increases with delay. The delays mean therefore that the state has intervened in such a manner as to create an additional risk to health, and conse-

pour sa vie ou sa santé, est une violation de son droit à la sécurité de sa personne. Comme il a été dit dans la décision *Collin c. Lussier*, [1983] 1 C.F. 218, à la p. 239 (ultérieurement infirmée en appel, [1985] 1 C.F. 124, mais citée et approuvée sur ce point par le juge Wilson dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, précité, à la p. 208):

... cette détention, en augmentant l'anxiété du requérant due à son état de santé, risque d'aggraver sa maladie et en le privant d'accès à des soins médicaux adéquats, elle porte atteinte effectivement à la sécurité de sa personne.

c Le traumatisme psychologique que le délai provoque chez une femme enceinte démontre que la procédure établie par le *Code criminel* viole la sécurité de sa personne.

d J'ai remarqué trois cas où l'art. 251 du *Code criminel* entraîne des délais pour les femmes aptes à subir un avortement thérapeutique selon la norme de l'al. 251(4)(c). Cela étant dit, le délai global de 8 semaines constaté par le comité Badgley en 1977 a vraisemblablement diminué. La preuve indique que lorsqu'il existe un hôpital doté d'un comité dans une région, comme celle de Toronto, les femmes enceintes peuvent obtenir des avortements thérapeutiques dans un délai d'une à trois semaines après leur première consultation d'un médecin. Des experts ont témoigné en première instance que ces délais sont plus longs dans certaines régions du pays, particulièrement au Québec, mais que, somme toute, les délais globaux ont été réduits. En outre, les comités de l'avortement thérapeutique peuvent, en général, accélérer la procédure de certification dans un cas d'urgence, particulièrement lorsque, en raison du stade où elle est rendue dans sa grossesse, une femme requiert une attention médicale immédiate. Malgré cette réduction, ces délais continuent toutefois d'engendrer un risque additionnel pour la santé de ces femmes. Le risque de complications postopératoires croît avec chaque semaine qui s'écoule. Un risque somatique et psychologique accru est lié aux techniques d'avortement utilisées au dernier stade de la grossesse. Enfin, le délai provoque un accroissement du traumatisme psychologique. Ces délais signifient donc que l'État est intervenu de manière à créer un risque addi-

quently this intervention constitutes a violation of the woman's security of the person.

#### IV — The Principles of Fundamental Justice

I turn now to a consideration of the manner in which pregnant women are deprived of their right to security of the person by s. 251. Section 7 of the *Charter* states that everyone has the right not to be deprived of security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice. As I will endeavour to demonstrate, s. 251(4) does not accord with the principles of fundamental justice.

I am of the view, however, that certain elements of the procedure for obtaining a therapeutic abortion which counsel for the appellants argued could not be saved by the second part of s. 7 are in fact in accordance with the principles of fundamental justice. The expression of the standard in s. 251(4)(c), and the requirement for some independent medical opinion to ascertain that the standard has been met as well as the consequential necessity of some period of delay to ascertain the standard are not in breach of s. 7 of the *Charter*.

Counsel for the appellants argued that the expression of the standard in s. 251(4)(c) is so imprecise that it offends the principles of fundamental justice. He submits that pregnant women are arbitrarily deprived of their s. 7 right by reason of the different meanings that can be given to the word "health" in s. 251(4)(c) by therapeutic abortion committees.

I agree with McIntyre J. and the Ontario Court of Appeal that the expression "the continuation of the pregnancy of such female person would or would be likely to endanger her life or health" found in s. 251(4)(c) does provide, as a matter of law, a sufficiently precise standard by which therapeutic abortion committees can determine when therapeutic abortions should be granted.

As the Court of Appeal said, *supra*, at p. 388:

tionnel pour la santé et, par conséquent, cette intervention constitue une violation de la sécurité de la personne de la femme.

#### IV — Les principes de justice fondamentale

J'en viens maintenant à l'examen de la manière dont l'art. 251 porte atteinte au droit des femmes enceintes à la sécurité de leur personne. L'article 7 de la *Charte* prévoit qu'il ne peut être porté atteinte au droit de chacun à la sécurité de sa personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Comme je vais tenter de le démontrer, le par. 251(4) n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

Cependant, je suis d'avis que certains éléments de la procédure d'obtention d'un avortement thérapeutique qui, selon l'avocat des appelants, ne peuvent être sauvegardés par la seconde partie de l'art. 7, sont en fait conformes aux principes de justice fondamentale. La formulation du critère à l'al. 251(4)c) et l'obligation d'obtenir une opinion médicale indépendante pour s'assurer qu'il est respecté ainsi que la nécessité, qui en découle, de disposer d'un certain délai pour le faire ne violent pas l'art. 7 de la *Charte*.

L'avocat des appelants a soutenu que la formulation du critère à l'al. 251(4)c) est tellement imprécise qu'il y a atteinte aux principes de justice fondamentale. Il fait valoir qu'il y a atteinte arbitraire au droit que l'art. 7 confère aux femmes enceintes, en raison des sens différents que les comités de l'avortement thérapeutique peuvent donner au terme «santé» qui figure à l'al. 251(4)c).

Je suis d'accord avec le juge McIntyre et avec la Cour d'appel de l'Ontario pour dire que l'expression «la continuation de la grossesse de cette personne du sexe féminin femme mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière» que l'on trouve à l'al. 251(4)c) fournit, sur le plan du droit, un critère suffisamment précis pour permettre aux comités de l'avortement thérapeutique de décider quand il faut autoriser des avortements thérapeutiques.

Comme la Cour d'appel l'a dit, précité, à la p. 388:

1988 CanLII 90 (SCC)

In this case . . . from a reading of s. 251 with its exceptions, there is no difficulty in determining what is proscribed and what is permitted. It cannot be said that no sensible meaning can be given to the words of the section. Thus, it is for the courts to say what meaning the statute will bear.

Laskin C.J. held in *Morgentaler (1975)*, at p. 634, that s. 251(4)(c) was not so vague so as to constitute a violation of "security of the person" without due process of law under s. 1(a) of the *Canadian Bill of Rights*:

It is enough to say that Parliament has fixed a manageable standard because it is addressed to a professional panel, the members of which would be expected to bring a practised judgment to the question whether "the continuation of the pregnancy . . . would or would be likely to endanger . . . life or health." Moreover, I am of the view that Parliament would assign such an exercise of judgment to a professional group without colliding with any imperatives called for by due process of law under s. 1 (a).

I agree with Laskin C.J. that the standard is manageable because it is addressed to a panel of doctors exercising medical judgment on a medical question. This being the case, the standard must necessarily be flexible. Flexibility and vagueness are not synonymous. Parliament has set a medical standard to be determined over a limited range of circumstances. With the greatest of respect, I cannot agree with the view that the therapeutic abortion committee is a "strange hybrid, part medical committee and part legal committee" as the Chief Justice characterizes it (at p. 69). In section 251(4) Parliament has only given the committee the authority to make a medical determination regarding the pregnant woman's life or health. The committee is not called upon to evaluate the sufficiency of the state interest in the foetus as against the woman's health. This evaluation of the state interest is a question of law already decided by Parliament in its formulation of s. 251(4). Evidence has been submitted that many committees fail to apply the standard set by Parliament by requiring the consent of the pregnant woman's spouse, by refusing to authorize second abortions or by refusing all abortions to married women. In

[TRANSDUCTION] Dans cette affaire [. . .] après lecture de l'art. 251 et de ses exceptions, il n'y a aucune difficulté à déterminer ce qui est interdit et ce qui est permis. On ne peut pas dire qu'aucun sens raisonnable ne peut être donné aux termes de cet article. Donc, il revient aux tribunaux de dire quel sens il faut donner à la loi.

Le juge en chef Laskin a conclu, dans l'arrêt *Morgentaler (1975)*, à la p. 634, que l'al. 251(4)c) n'est pas vague au point de constituer une violation de la «sécurité de la personne» sans que ce ne soit par l'application régulière de la loi comme le prévoit l'al. 1a) de la *Déclaration canadienne des droits*:

Qu'il suffise de dire que le Parlement a fixé un critère maniable parce qu'il s'adresse à un comité composé d'hommes de l'art, dont on peut s'attendre que les membres portent un jugement exercé sur la question de savoir si «la continuation de la grossesse . . . mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé . . .» De plus, je suis d'avis que le Parlement peut confier à un groupe d'hommes de l'art l'exercice d'un tel jugement sans heurter d'impératif issu de l'exigence d'application régulière de la loi sous le régime de l'al. a) de l'art. 1.

Je conviens avec le juge en chef Laskin que le critère est maniable parce qu'il s'adresse à un comité de médecins qui portent un jugement médical sur une question médicale. Cela étant le cas, le critère doit nécessairement être souple. Souplesse n'est pas synonyme d'imprécision. Le législateur a établi un critère médical déterminable en fonction d'un nombre limité de circonstances. En toute déférence pour l'opinion contraire, je ne saurais admettre que le comité de l'avortement thérapeutique soit un «hybride étrange, en partie comité médical et en partie comité légal» comme le Juge en chef le qualifie (à la p. 69). Au paragraphe 251(4), le législateur n'a conféré au comité que le pouvoir de prendre une décision médicale concernant la vie ou la santé de la femme enceinte. On ne demande pas au comité d'évaluer si l'intérêt qu'a l'État dans la protection du foetus par rapport à la santé de la femme est suffisant. L'évaluation de l'intérêt de l'État est une question de droit que le législateur a déjà tranchée quand il a formulé le par. 251(4). On a soumis en preuve que de nombreux comités n'appliquent pas le critère fixé par le législateur en exigeant le consentement du conjoint de la femme enceinte, en refusant d'autoriser

so far as these and other requirements fall outside s. 251(4)(c), they constitute an unfounded interpretation of the plain terms of the *Criminal Code*. These patent excesses of authority do not, however, mean that the standard of s. 251 is vague.

The wording of s. 251(4)(c) limits the authority of the committee. The word "health" is not vague but plainly refers to the physical or mental health of the pregnant woman. I note with interest the decision of the Supreme Court of the United States in *United States v. Vuitch*, 402 U.S. 62 (1971), in which a District of Columbia statute outlawing abortions except when they were "necessary for the preservation of the mother's life or health" was at issue. It was argued that the word "health" was so imprecise and had so uncertain a meaning that the statute offended the Due Process Clause of the United States Constitution. Mindful of the differences between the Due Process Clause and the principles of fundamental justice in s. 7 of the *Charter*, I nevertheless believe the following extract, at p. 72, of the majority opinion delivered by Black J. to be instructive:

... the general usage and modern understanding of the word "health" ... includes psychological as well as physical well-being. Indeed Webster's Dictionary, in accord with that common usage, properly defines health as the "[s]tate of being ... sound in body [or] mind." Viewed in this light, the term "health" presents no problem of vagueness. Indeed, whether a particular operation is necessary for a patient's physical or mental health is a judgment that physicians are obviously called upon to make routinely whenever surgery is considered.

The standard is further circumscribed by the word "endanger". Not only must the continuation of the pregnancy affect the woman's life or health, it must endanger life or health, so that a committee that authorizes an abortion when this element is not present or fails to authorize it when it is present exceeds its authority. Finally, the expression "would or would be likely" eliminates any requirement that the danger to life or health be

un second avortement ou en refusant tout avortement aux femmes mariées. Dans la mesure où de telles exigences ne relèvent pas de l'al. 251(4)c), elles constituent une interprétation injustifiée des termes clairs du *Code criminel*. Ces abus manifestes de pouvoir ne signifient pas toutefois que le critère de l'art. 251 est vague.

Le texte de l'al. 251(4)c) limite le pouvoir du comité. Le terme «santé», loin d'être vague, vise clairement la santé mentale ou physique de la femme enceinte. Je note avec intérêt l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *United States v. Vuitch*, 402 U.S. 62 (1971), où une loi du district de Columbia, interdisant les avortements sauf lorsqu'ils sont [TRADUCTION] «nécessaires à la préservation de la vie ou de la santé de la mère» était en cause. On soutenait que le terme «santé» était tellement imprécis et avait un sens tellement incertain que la loi violait la clause de l'application régulière de la loi de la Constitution américaine. Tout en ayant à l'esprit les différences qui existent entre la clause de l'application régulière de la loi et les principes de justice fondamentale de l'art. 7 de la *Charte*, je crois néanmoins que l'extrait suivant de l'opinion de la majorité, dont l'auteur est le juge Black, est instructif (à la p. 72):

[TRADUCTION] ... le sens moderne et courant du terme «santé» [...] inclut le bien-être psychologique autant que physique. D'ailleurs le dictionnaire Webster, en accord avec l'usage courant définit à juste titre la santé comme l'«[é]tat de bien-être physique [ou] mental.» Vu sous cet angle, le terme «santé» ne présente aucun problème d'imprécision. En fait, la question de savoir si une intervention particulière est nécessaire pour préserver la santé physique ou mentale d'un patient est une décision que les médecins ont, de toute évidence, à prendre tous les jours, chaque fois qu'une intervention chirurgicale est envisagée.

Le critère est en outre circonscrit par les termes «mettre en danger». Non seulement la continuation de la grossesse doit-elle nuire à la vie ou à la santé de la femme, elle doit encore mettre en danger sa vie ou sa santé, de sorte qu'un comité qui autorise un avortement en l'absence de cet élément ou qui refuse de l'autoriser alors qu'il est présent, abuse de son pouvoir. Enfin, l'expression «mettrait ou mettrait probablement» élimine toute condition

certain or immediate at the time the certificate is issued.

The presence of the exculpatory provision in the *Criminal Code* and the wording of the standard itself point to the parameters of s. 251(4). The required standard of threat to life or health must necessarily be lesser than that required under the common law defence of necessity, otherwise s. 251(4) would be superfluous. It is proper to infer, on the other hand, that s. 251(4) must be interpreted as relating solely to therapeutic grounds since only qualified medical practitioners are entitled to evaluate the threat to life or health.

Not only is the standard expressed in s. 251(4)(c) sufficiently precise to permit therapeutic abortion committees to determine when therapeutic abortions should be granted, but the crime of procuring a miscarriage is expressed with sufficient clarity for those subject to its terms so as not to offend the principles of fundamental justice. In this respect, counsel for the respondent correctly observed in his written argument that "... s. 251 presents no degree of uncertainty or vagueness as to potential criminal liability: anyone charged with an offence would know whether prohibited conduct was being undertaken and whether an exemption certificate had been received. Equally, any official entrusted with enforcing this section would know whether an offence had been committed." Police officers are not called upon by the section to define "health" but, in respect of the medical justification for a therapeutic abortion, they must ensure that a certificate in writing has been duly issued.

Just as the expression of the standard in s. 251(4)(c) does not offend the principles of fundamental justice, the requirement that an independent medical opinion be obtained for a therapeutic abortion to be lawful also cannot be said to constitute a violation of these principles when considered in the context of pregnant women's right to security of the person.

In *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, at p. 304, La Forest J. explained that the legislator must be

que le danger pour la vie ou la santé soit certain ou immédiat au moment où le certificat est délivré.

La présence de la disposition disculpatoire dans le *Code criminel* et la formulation du critère lui-même fixent les paramètres du par. 251(4). Le critère requis de menace à la vie ou à la santé doit obligatoirement être moindre que celui qu'exige le moyen de défense de *common law* de la nécessité, car autrement le par. 251(4) serait superflu. Par contre, on peut à bon droit conclure que le par. 251(4) doit être interprété comme portant seulement sur des motifs thérapeutiques puisque seuls des médecins qualifiés ont le droit d'évaluer la menace à la vie ou à la santé.

Non seulement le critère exprimé à l'al. 251(4)(c) est-il suffisamment précis pour permettre au comité de l'avortement thérapeutique de décider quand il convient d'autoriser les avortements thérapeutiques, mais encore le crime consistant à procurer un avortement est exprimé avec suffisamment de clarté pour ceux qui sont assujettis à ces termes pour qu'il ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale. À cet égard, l'avocat de l'intimée fait observer à juste titre dans son argumentation écrite que [TRADUCTION] «... l'art. 251 ne présente aucun degré d'incertitude ou d'imprécision quant à une éventuelle responsabilité criminelle: tout inculpé saurait s'il y avait conduit interdite et si un certificat d'exemption avait été reçu. Également, tout officier chargé de faire respecter cet article saurait si une infraction a été perpétrée.» L'article n'oblige pas les agents de police à définir ce qu'est «la santé» mais, au chapitre de la justification médicale d'un avortement thérapeutique, ils doivent s'assurer qu'un certificat écrit a dûment été délivré.

Tout comme le critère exprimé à l'al. 251(4)(c) ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale, on ne peut non plus dire que l'obligation d'obtenir une opinion médicale indépendante pour qu'un avortement thérapeutique soit licite constitue une violation de ces principes sous l'angle du droit des femmes enceintes à la sécurité de leur personne.

Dans l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, à la p. 304, le juge La Forest explique que le législa-



accorded a certain latitude to make choices regarding the type of administrative structure that will suit its needs unless the use of such structure is in itself "so manifestly unfair, having regard to the decisions it is called upon to make [emphasis added], as to violate the principles of fundamental justice". An administrative structure made up of unnecessary rules, which result in an additional risk to the health of pregnant women, is manifestly unfair and does not conform to the principles of fundamental justice. Section 251(4), taken as a whole, does not accord with the principles of fundamental justice in that certain of the procedural requirements of s. 251 create unnecessary delays. As will be seen, some of these requirements are manifestly unfair because they have no connection whatsoever with Parliament's objectives in establishing the administrative structure in s. 251(4). Although connected to Parliament's objectives, other rules in s. 251(4) are manifestly unfair because they are not necessary to assure that the objectives are met.

As I noted in my analysis of s. 251(4), by requiring that a committee state that the medical standard has been met for the criminal sanction to be lifted, Parliament seeks to assure that there is a reliable, independent and medically sound opinion that the continuation of the pregnancy would or would be likely to endanger the woman's life or health. Whatever the failings of the current system, I believe that the purpose pursuant to which it was adopted does not offend the principles of fundamental justice. As I shall endeavour to explain, the current mechanism in the *Criminal Code* does not accord with the principles of fundamental justice. This does not preclude, in my view, Parliament from adopting another system, free of the failings of s. 251(4), in order to ascertain that the life or health of the pregnant woman is in danger, by way of a reliable, independent and medically sound opinion.

Parliament is justified in requiring a reliable, independent and medically sound opinion in order to protect the state interest in the foetus. This is

teur doit jouir d'une certaine latitude pour choisir le genre de structure administrative qui répondra à ses besoins, à moins que le recours à une telle structure ne soit en lui-même «nettement injuste, a compte tenu des décisions qu'elle [le législateur] est appelée à prendre [je souligne], au point de violer les principes de justice fondamentale». Une structure administrative comportant des règles inutiles, qui ont pour effet d'accroître le danger **b** pour la santé des femmes enceintes, est nettement injuste et non conforme aux principes de justice fondamentale. Le paragraphe 251(4), pris dans son ensemble, n'est pas compatible avec les principes de justice fondamentale en raison des délais **c** inutiles qu'engendrent certaines exigences en matière de procédure de l'art. 251. Comme nous le verrons, certaines de ces exigences sont manifestement injustes du fait qu'elles n'ont absolument **d** aucun rapport avec les objectifs poursuivis par le législateur en établissant la structure administrative que l'on trouve au par. 251(4). Quoique liées aux objectifs du législateur, d'autres règles du par. 251(4) sont nettement injustes du fait qu'elles **e** ne sont pas nécessaires pour assurer la réalisation des objectifs poursuivis.

Comme je le souligne dans mon analyse du par. 251(4), en obligeant un comité à déclarer que le critère médical est rempli pour que la sanction criminelle soit levée, le législateur veut assurer qu'il y ait une opinion médicale éclairée, fiable et indépendante que la continuation de la grossesse **g** mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de la femme. Quelles que soient les faiblesses du système actuel, je crois que l'objectif visé par son adoption ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale. Comme je vais tenter de l'expliquer, le mécanisme actuel du *Code criminel* n'est pas compatible avec les principes de justice fondamentale. Cela n'empêche pas, à mon avis, le législateur d'adopter un autre système, exempt des faiblesses du par. 251(4), pour vérifier **h** si la vie ou la santé de la femme enceinte est en danger, au moyen d'une opinion médicale éclairée, fiable et indépendante.

**j** Le législateur est justifié d'exiger une opinion médicale éclairée, fiable et indépendante, afin de préserver l'intérêt qu'a l'État dans la protection du

undoubtedly the objective of a rule which requires an independent verification of the practising physician's opinion that the life or health of the pregnant woman is in danger. It cannot be said to be simply a mechanism designed to protect the health of the pregnant woman. While this latter objective clearly explains the requirement that the practising physician be a "qualified medical practitioner" and that the abortion take place in a safe place, it cannot explain the necessary intercession of an in-hospital committee of three physicians from which is excluded the practising physician.

While a second medical opinion is very often seen as necessary in medical circles when difficult questions as to a patient's life or health are at issue, the independent opinion called for by the *Criminal Code* has a different purpose. Parliament requires this independent opinion because it is not only the woman's interest that is at stake in a decision to authorize an abortion. The Ontario Court of Appeal alluded to this at p. 378 when it stated that "One cannot overlook the fact that the situation respecting a woman's right to control her own person becomes more complex when she becomes pregnant, and that some statutory control may be appropriate". The presence of the foetus accounts for this complexity. By requiring an independent medical opinion that the pregnant woman's life or health is in fact endangered, Parliament seeks to ensure that, in any given case, only therapeutic reasons will justify the decision to abort. The amendments to the *Criminal Code* in 1969 amounted to a recognition by Parliament, as I have said, that the interest in the life or health of the pregnant woman takes precedence over the interest of the state in the protection of the foetus when the continuation of the pregnancy would or would be likely to endanger the pregnant woman's life or health. Parliament decided that it was necessary to ascertain this from a medical point of view before the law would allow the interest of the pregnant woman to indeed take precedence over that of the foetus and permit an abortion to be performed without criminal sanction.

foetus. C'est forcément l'objet de la règle qui exige une vérification indépendante de l'opinion du médecin traitant que la vie ou la santé de la femme enceinte est en danger. On ne saurait dire qu'il s'agit simplement d'un mécanisme conçu pour protéger la santé de la femme enceinte. Bien que ce dernier objectif explique manifestement l'obligation pour le médecin traitant d'être un «médecin qualifié» et celle que l'avortement ait lieu dans un endroit sûr, il ne peut expliquer la nécessité de l'intervention d'un comité interne de l'hôpital, composé de trois médecins, dont est exclu le médecin traitant.

Certes, une seconde opinion médicale est souvent considérée comme nécessaire dans les milieux médicaux lorsque de difficiles questions de vie ou de santé du patient sont en cause, mais l'opinion indépendante qu'exige le *Code criminel* vise un objet différent. Le législateur exige cette opinion indépendante parce que ce n'est pas seulement l'intérêt de la femme qui est en jeu dans la décision d'autoriser un avortement. La Cour d'appel de l'Ontario fait allusion à cela à p. 378, lorsqu'elle dit que [TRADUCTION] «[o]n ne saurait oublier que la situation du droit de la femme à être maîtresse de sa propre personne se complique lorsqu'elle devient enceinte et qu'un certain contrôle de la loi peut se révéler approprié». La présence du foetus est responsable de cette complexité. En exigeant une opinion médicale indépendante portant que la vie ou la santé de la femme enceinte est réellement en danger, le législateur veut s'assurer que, dans un cas donné, seules des raisons thérapeutiques justifieront la décision d'avorter. Comme je l'ai dit, les modifications apportées au *Code criminel* en 1969 équivalent à la reconnaissance par le législateur que l'intérêt que présente la vie ou la santé des femmes enceintes l'emporte sur l'intérêt qu'a l'État dans la protection du foetus, lorsque la continuation de la grossesse mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de la femme enceinte. Le législateur a décidé qu'il était nécessaire de vérifier cela du point de vue médical, avant que la loi ne laisse l'intérêt de la femme enceinte l'emporter effectivement sur celui du foetus et qu'elle ne permette qu'un avortement soit pratiqué sans qu'il y ait de sanction criminelle.

I do not believe it to be unreasonable to seek independent medical confirmation of the threat to the woman's life or health when such an important and distinct interest hangs in the balance. I note with interest that in a number of foreign jurisdictions, laws which decriminalize abortions require an opinion as to the state of health of the woman independent from the opinion of her own physician. The Crown, in its book of authorities, cited the following statutes which included such a mechanism: United Kingdom, *Abortion Act, 1967*, 1967, c. 87, s. 1(1)(a); Australian Northern Territory, *Criminal Law Consolidation Act and Ordinance*, s. 79 A(3)(a); South Australia, *Criminal Law Consolidation Act, 1935-1975*, s. 82a(1)(a); Federal Republic of Germany, *Criminal Code*, as amended by the *Fifteenth Criminal Law Amendment Act* (1976), s. 219; Israel, *Penal Law, 5737-1977* (as amended), s. 315; New Zealand, *Crimes Act 1961*, as amended by the *Crimes Amendment Act 1977* and the *Crimes Amendment Act 1978*, s. 187A(4); *Code pénal suisse*, art. 120(1). This said, the practising physician must, according to s. 251(4)(a), be in "good faith" and, consequently, have no reason to believe that the standard in s. 251(4)(c) has not been met. The practising physician is, however, properly excluded from the body giving the independent opinion. I believe that Parliament is justified in requiring what is no doubt an extraordinary medical practice in its regulation of the criminal law of abortion in accordance with the various interests at stake.

The assertion that an independent medical opinion, distinct from that of the pregnant woman and her practising physician, does not offend the principles of fundamental justice would need to be reevaluated if a right of access to abortion is founded upon the right to "liberty" in s. 7 of the *Charter*. I am of the view that there would still be circumstances in which the state interest in the protection of the foetus would require an independent medical opinion as to the danger to the life or health of the pregnant woman. Assuming without deciding that a right of access to abortion can be founded upon the right to "liber-

Je ne crois pas qu'il soit déraisonnable de demander une confirmation médicale indépendante au sujet de la menace pour la vie ou la santé de la femme lorsqu'un intérêt aussi important et marqué pèse dans la balance. Je constate avec intérêt que, dans de nombreux ressorts étrangers, les lois qui décriminalisent l'avortement requièrent un avis concernant l'état de santé de la femme indépendant de celui de son propre médecin. Le ministère public, dans son dossier de sources législative, jurisprudentielle et doctrinale, cite les lois suivantes qui comportent un mécanisme de ce genre: Royaume-Uni, *Abortion Act, 1967*, 1967, chap. 87, al. 1(1)a); Territoire du Nord de l'Australie, *Criminal Law Consolidation Act and Ordinance*, sous-al. 79 A(3)a); Australie-Méridionale, *Criminal Law Consolidation Act, 1935-1975*, al. 82a(1)a); République fédérale de l'Allemagne, *Criminal Code*, modifié par la *Fifteenth Criminal Law Amendment Act* (1976), art. 219; Israël, *Penal Law, 5737-1977* (modifiée), art. 315; Nouvelle-Zélande, *Crimes Act 1961*, modifiée par la *Crimes Amendment Act 1977* et la *Crimes Amendment Act 1978*, par. 187A(4); *Code pénal suisse*, par. 120(1). Cela dit, le médecin traitant doit, d'après l'al. 251(4)a), être «de bonne foi» et, par conséquent, n'avoir aucune raison de croire que le critère de l'al. 251(4)c) n'est pas rempli. Le médecin traitant est toutefois exclu à juste titre de l'organisme qui donne une opinion indépendante. Je crois que le législateur a raison d'exiger ce qui, sans aucun doute, est une pratique médicale extraordinaire dans sa réglementation du droit criminel en matière d'avortement, conformément aux divers intérêts en jeu.

L'affirmation selon laquelle une opinion médicale indépendante, distincte de celle de la femme enceinte et de son médecin traitant, ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale, devrait être réévaluée si le droit à l'avortement était fondé sur le droit à la «liberté» de l'art. 7 de la *Charte*. Je suis d'avis qu'il y aurait encore des circonstances dans lesquelles l'intérêt qu'a l'État dans la protection du foetus exigerait une opinion médicale indépendante concernant le danger pour la vie ou la santé de la femme enceinte. Même en présumant, sans le décider, que le droit à l'avortement peut se fonder sur le droit à la «liberté», il y

ty", there would be a point in time at which the state interest in the foetus would become compelling. From this point in time, Parliament would be entitled to limit abortions to those required for therapeutic reasons and therefore require an independent opinion as to the health exception. The case law reveals a substantial difference of opinion as to the state interest in the protection of the foetus as against the pregnant woman's right to liberty. Wilson J., for example, in her discussion of s. 1 of the *Charter* in the case at bar, notes the following, at p. 183:

The precise point in the development of the foetus at which the state's interest in its protection becomes "compelling" I leave to the informed judgment of the legislature which is in a position to receive guidance on the subject from all the relevant disciplines. It seems to me, however, that it might fall somewhere in the second trimester.

This view as to when the state interest becomes compelling may be compared with that of O'Connor J. of the United States Supreme Court in her dissenting opinion in *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983), at pp. 460-61:

In *Roe* [*Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973)], the Court held that although the State had an important and legitimate interest in protecting potential life, that interest could not become compelling until the point at which the fetus was viable. The difficulty with this analysis is clear: *potential* life is no less potential in the first weeks of pregnancy than it is at viability or afterward. At any stage in pregnancy, there is the *potential* for human life. Although the Court refused to "resolve the difficult question of when life begins," *id.*, at 159, the Court chose the point of viability — when the foetus is *capable* of life independent of its mother — to permit the complete proscription of abortion. The choice of viability as the point at which state interest in *potential* life becomes compelling is no less arbitrary than choosing any point before viability or any point afterward. Accordingly, I believe that the State's interest in protecting potential human life exists throughout the pregnancy.

As I indicated at the outset of my reasons, it is nevertheless possible to resolve this appeal without attempting to delineate the right to "liberty" in s.

aurait un moment où l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus deviendrait supérieur. Dès ce moment-là, le législateur serait en droit de limiter les avortements à ceux qui sont nécessaires pour des motifs thérapeutiques et donc d'exiger une opinion indépendante concernant l'exception pour cause de santé. La jurisprudence est fort partagée sur la question de l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus face au droit de la femme enceinte à la liberté. Le juge Wilson, par exemple, dans l'analyse qu'elle fait en l'espèce de l'article premier de la *Charte*, souligne ceci (à la p. 183):

Quant au point précis du développement du fœtus où l'intérêt qu'a l'État de le protéger devient "supérieur", je laisse le soin de le fixer au jugement éclairé du législateur, qui est en mesure de recevoir des avis à ce sujet de l'ensemble des disciplines pertinentes. Il me semble cependant que ce point pourrait se situer quelque part au cours du second trimestre.

Ce point de vue quant au moment où l'intérêt de l'État devient supérieur peut être comparé à celui exprimé en dissidence par le juge O'Connor de la Cour suprême des États-Unis, dans l'affaire *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983), aux pp. 460 et 461:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Roe* [*Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973)], la Cour a jugé que si l'État avait un intérêt important et légitime à protéger la vie potentielle, cet intérêt ne pouvait devenir supérieur qu'au moment où le fœtus devenait viable. La difficulté que pose ce genre d'analyse est claire: la vie *potentielle* n'est pas moins potentielle au cours des premières semaines de grossesse qu'elle ne l'est au point de viabilité ou ultérieurement. À tout stade de la grossesse, il y a une vie humaine en puissance. Bien qu'elle ait refusé de «résoudre la difficile question du moment où la vie commence», *id.*, à la p. 159, la Cour a choisi le point de viabilité, c'est-à-dire lorsque le fœtus est *capable* de vivre indépendamment de sa mère, pour interdire complètement l'avortement. Le choix de la viabilité comme point où l'intérêt de l'État dans la vie *potentielle* devient supérieur n'est pas moins arbitraire que le choix de tout autre point avant la viabilité ou de tout autre point ultérieur. Par conséquent, je crois que l'intérêt qu'a l'État à protéger la vie humaine potentielle existe tout au long de la grossesse.

Comme je l'ai indiqué au début de mes motifs, il est néanmoins possible de résoudre le pourvoi sans tenter de délimiter le droit à «la liberté» de l'art. 7

7 of the *Charter*. The violation of the right to "security of the person" and the relevant principles of fundamental justice are sufficient to invalidate s. 251 of the *Criminal Code*.

Some delay is inevitable in connection with any system which purports to limit to therapeutic reasons the grounds upon which an abortion can be performed lawfully. Any statutory mechanism for ensuring an independent confirmation as to the state of the woman's life or health, adopted pursuant to the objective of assuring the protection of the foetus, will inevitably result in a delay which would exceed whatever delay would be encountered if an independent opinion was not required. Furthermore, rules promoting the safety of abortions designed to protect the interest of the pregnant woman will also cause some unavoidable delay. It is only in so far as the administrative structure creates delays which are unnecessary that the structure can be considered to violate the principles of fundamental justice. Indeed, an examination of the delays caused by certain of the procedural requirements in s. 251(4) reveals that they are unnecessary, given Parliament's objectives in establishing the administrative structure. I note parenthetically that it is not sufficient to argue that the structure would operate in a fair manner but for the applications from women who do not qualify in respect of the standard in s. 251(4)(c). A fair structure, put in place to decide between those women who qualify for a therapeutic abortion and those who do not, should be designed with a view to efficiently meeting the demands which it must necessarily serve.

One such example of a rule which is unnecessary is the requirement in s. 251(4) that therapeutic abortions must take place in an eligible hospital to be lawful. I have observed that s. 251(4) directs that therapeutic abortions take place in accredited or approved hospitals, with at least four physicians, and that, because of the lack of such hospitals in many parts of Canada, this often causes delay for women seeking treatment. As I noted earlier, this requirement was plainly adopted to assure the safety of the abortion procedure gener-

de la *Charte*. La violation du droit à «la sécurité de la personne» et les principes pertinents de justice fondamentale sont suffisants pour invalider l'art. 251 du *Code criminel*.

a Un certain délai est inévitable pour tout système qui prétend limiter à des raisons thérapeutiques les motifs qui permettent de pratiquer un avortement licitement. Tout mécanisme légal qui vise à obtenir b une confirmation indépendante de l'état de santé de la femme ou du danger pour sa vie, adopté conformément à l'objectif d'assurer la protection du foetus, engendre inévitablement un délai supérieur à tout autre délai auquel on pourrait avoir à se plier si une opinion indépendante n'était pas exigée. En outre, les règles qui visent à assurer des avortements sans danger et qui sont conçues pour la protection de la femme enceinte sont elles aussi, d inévitablement, sources d'un certain délai. C'est uniquement dans la mesure où la structure administrative crée des délais qui ne sont pas nécessaires qu'on peut considérer qu'elle viole les principes de justice fondamentale. Un examen des délais e occasionnés par certaines exigences en matière de procédure du par. 251(4) révèle effectivement qu'ils ne sont pas nécessaires, compte tenu des objectifs que poursuivait le législateur en établissant cette structure administrative. Je souligne, f entre parenthèses, qu'il ne suffit pas de soutenir que la structure fonctionnerait équitablement n'étaient-ce les demandes de femmes inadmissibles au regard du critère de l'al. 251(4)c). Une structure équitable mise en place pour départager les g femmes admissibles à un avortement thérapeutique de celles qui ne le sont pas devrait être conçue de manière à satisfaire efficacement aux demandes auxquelles elle doit nécessairement répondre.

h Un exemple de règle inutile, c'est l'exigence du par. 251(4) que les avortements thérapeutiques aient lieu dans un hôpital admissible pour être licites. J'ai fait observer que le par. 251(4) exige i que les avortements thérapeutiques soient pratiqués dans des hôpitaux accrédités ou approuvés, comptant au moins quatre médecins, et que l'absence de tels hôpitaux dans bien des régions du Canada est souvent à la source de délais pour les femmes qui veulent être traitées. Comme je l'ai j noté précédemment, cette exigence a manifeste-

ally, and particularly the safety of the pregnant woman, after the standard of s. 251(4) has been met and after the certificate to this effect has been issued enabling the woman to have a lawful abortion. The objective in respect of which the in-hospital rule was adopted is safety and not the state interest in the protection of the foetus. As the rule stands in s. 251(4), however, no exception is currently possible. The evidence discloses that there is no justification for the requirement that all therapeutic abortions take place in hospitals eligible under the *Criminal Code*. In this sense, the delays which result from the hospital requirement are unnecessary and, consequently, in this respect, the administrative structure for therapeutic abortions is manifestly unfair and offends the principles of fundamental justice.

Experts testified at trial that the principal justification for the in-hospital rule is the problem of post-operative complications. There are of course instances in which the danger to life or health observed by the therapeutic abortion committee will constitute sufficient grounds for the procedure to take place in a hospital. There are other instances in which the circumstances of the procedure itself requires that it be performed in hospital, such as certain abortions performed at an advanced gestational age or cases in which the patient is particularly vulnerable to what might otherwise be a simple procedure.

In many cases, however, there is no medical justification that the therapeutic abortion take place in a hospital. Experts testified at trial, that many first trimester therapeutic abortions may be safely performed in specialized clinics outside of hospitals because the possible complications can be handled, and in some cases better handled, by the facilities of a specialized clinic. The parties submitted statistics comparing complication rates for in-hospital abortions and those performed in non-hospital facilities. These statistics are of limited value for our purposes because, not surprisingly,

ment été adoptée pour assurer, de manière générale, que les avortements soient pratiqués en toute sécurité et, plus particulièrement, pour assurer la sécurité de la femme enceinte, une fois satisfait le critère du par. 251(4) et une fois délivré le certificat en ce sens, autorisant la femme à subir un avortement licite. L'objectif pour lequel la règle de l'avortement à l'hôpital a été adoptée était la sécurité et non l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus. Mais la règle, que l'on trouve au par. 251(4), ne permet actuellement aucune exception. Il ressort de la preuve que l'obligation que tous les avortements aient lieu dans des hôpitaux admissibles en vertu du *Code criminel* n'est pas justifiée. En ce sens, les délais qui résultent de l'exigence relative aux hôpitaux ne sont pas nécessaires et, par conséquent, à cet égard, la structure administrative concernant les avortements thérapeutiques est nettement injuste et viole les principes de justice fondamentale.

Des experts sont venus témoigner en première instance que la principale justification de la règle de l'avortement à l'hôpital réside dans le problème des complications postopératoires. Il y a bien sûr des cas où le danger pour la vie ou la santé constaté par le comité de l'avortement thérapeutique constituera un motif suffisant pour que l'intervention ait lieu à l'hôpital. Il y a d'autres cas où les circonstances entourant l'intervention elle-même exigent qu'elle soit pratiquée à l'hôpital; il en va ainsi notamment de certains avortements pratiqués à un stade avancé de la grossesse ou des cas où la patiente est particulièrement vulnérable à ce qui autrement pourrait constituer une intervention simple.

Dans bien des cas cependant, il n'y a aucune justification médicale à ce que l'avortement thérapeutique soit pratiqué à l'hôpital. D'après les témoignages des experts en première instance, un grand nombre d'avortements thérapeutiques du premier trimestre peuvent être pratiqués en toute sécurité à l'extérieur de l'hôpital dans des cliniques spécialisées du fait que celles-ci sont équipées, et dans certains cas mieux équipées, pour faire face aux éventuelles complications. Les parties ont produit des statistiques comparant les taux de complications des avortements à l'hôpital et des avorte-

the higher reported rates in hospitals are due in part to the fact that the more dangerous cases are treated in hospital. What is more revealing, however, are statistics which show that a high percentage of therapeutic abortions performed in Canada are performed on an out-patient basis:

The average length of stay in hospitals per therapeutic abortion case was less than a day in 1985. This average includes 46,567 cases or 76.9 per cent of 60,518 therapeutic abortion cases for women, for whom the pregnancy terminations took place on an outpatient (day care) basis. The per cent of outpatient therapeutic abortions increased to 76.9% in 1985 from 59.7% in 1981 and 34.9% in 1975. [*Therapeutic abortions, 1985, supra*, at p. 20.]

The substantial increase in the percentage of abortions performed on an out-patient basis since 1975 underscores the view that the in-hospital requirement, which may have been justified when it was first adopted, has become exorbitant. One suspects that the number of out-patient abortions would be even higher if the *Criminal Code* did not prevent women in many parts of Canada from obtaining timely and effective treatment by requiring them to travel to places where eligible hospital facilities were available. Furthermore, these figures do not include out-patient abortions which may have qualified as therapeutic under the standard in s. 251(4)(c) which were performed on Canadian women in the United States and in clinics currently operating in Canada outside the s. 251(4) exception. Citing the Canadian abortion law's in-hospital requirement as a legislative standard which is difficult to satisfy, Rebecca J. Cook and Bernard M. Dickens observe that "Rigid statutory formulae may not improve . . . distribution of services but may obstruct appropriate response to health needs": *Abortion Laws in Commonwealth Countries* (1979), at p. 28.

ments pratiqués en dehors du milieu hospitalier. Ces statistiques n'ont qu'une valeur limitée pour nos fins car, cela ne surprend guère, les taux plus élevés donnés pour les hôpitaux sont dus en partie au fait que les cas les plus dangereux sont traités à l'hôpital. Sont toutefois plus révélatrices les statistiques qui démontrent qu'un fort pourcentage d'avortements thérapeutiques au Canada sont pratiqués en consultation externe:

La durée moyenne d'hospitalisation des femmes ayant subi un avortement thérapeutique a été de moins d'une journée en 1985. Cette moyenne tient compte des 46,567 cas d'avortements thérapeutiques pratiqués en consultation externe, soit 76.9% des 60,518 avortements thérapeutiques déclarés. Le pourcentage des avortements thérapeutiques pratiqués en consultation externe est passé de 34.9% en 1975, puis 59.7% en 1981 et à 76.9% en 1985. [*Avortements thérapeutiques, 1985, précité*, à la p. 20.]

La croissance importante du pourcentage des avortements pratiqués en consultation externe depuis 1975 confirme que l'exigence relative aux hôpitaux, peut-être justifiée lorsqu'elle a été adoptée, est devenue exorbitante. Il y a lieu de croire que le nombre d'avortements pratiqués en consultation externe serait encore plus élevé si le *Code criminel* n'empêchait pas les femmes, dans de nombreuses régions du Canada, d'obtenir un traitement efficace, au moment opportun, en les obligeant à se déplacer et à se rendre là où se trouve un établissement hospitalier admissible. De plus, ces chiffres n'incluent pas les avortements pratiqués en consultation externe, qui auraient pu être admissibles à titre d'avortements thérapeutiques d'après le critère de l'al. 251(4)c), sur des Canadiennes aux États-Unis et dans des cliniques canadiennes agissant en dehors de l'exception du par. 251(4). Décrivant l'obligation de l'avortement à l'hôpital imposée par le droit canadien comme un critère législatif difficile à respecter, Rebecca J. Cook et Bernard M. Dickens font observer que [TRADUCTION] «[u]ne formulation législative rigide pourrait fort bien ne pas améliorer la distribution des services et constituer un obstacle à toute réponse appropriée aux besoins de santé»: *La législation de l'avortement dans les pays du Commonwealth* (1979), à la p. 31.

In the Powell Report, several recommendations were made as to options for abortion service delivery in Ontario. In support of these recommendations, the Report included the following, at pp. 21 and 35:

When many countries legalized abortion, hospitals were viewed as the appropriate providers of safe abortion services. Since then, studies have demonstrated that abortions can be performed safely in other types of facilities, (Tietze & Henshaw, 1986). The complication rate for all abortions performed in nonhospital facilities, is no higher than for those which take place in hospitals (Grimes et al., 1981).

Hospitals are often hard pressed to find time in the busy operating room schedules to fit in abortion procedures. In most hospitals, abortions are not viewed as a priority for scheduling. Gynaecologists must fit abortions into their allotted time in operating rooms. Although abortions can be performed in minor procedure rooms with no jeopardy to the patient, this is an unusual practice.

The presence of legislation in other jurisdictions permitting certain abortions to be performed outside of hospitals is especially revealing as to the safety of the procedure in those circumstances and of the necessity to provide alternative means given the limited resources of hospitals. In the Powell Report, it was observed, at p. 21, that:

In a number of European countries, including the Netherlands, Poland and West Germany, approximately half of the abortions are performed in non-hospital facilities. In France in 1982, 53 percent of abortions were performed in 90 "centres d'interruption volontaire de grossesse" which were administered by hospitals but were in practice separate abortion clinics. The French government ordered all public hospitals that could not meet the demand for abortions to provide such clinics.

Particularly striking is the United States experience in respect of the in-hospital rule. The Powell Report noted that 82 per cent of abortions performed in the United States in 1982 were done outside of hospitals (at p. 22). Experts confirmed

Dans le rapport Powell, plusieurs recommandations portent sur les options envisageables en matière de services d'avortement en Ontario. À l'appui de ces recommandations, le rapport contient ce qui suit, aux pp. 21 et 35:

[TRADUCTION] Lorsque de nombreux pays ont légalisé l'avortement, les hôpitaux étaient considérés comme les fournisseurs tout indiqués de services d'avortements sans danger. Depuis lors, des études ont démontré que les avortements peuvent être pratiqués en toute sécurité dans d'autres genres d'institutions (Tietze & Henshaw, 1986). Le taux de complications de tous les avortements pratiqués ailleurs que dans des établissements hospitaliers n'est pas plus élevé que celui des avortements pratiqués à l'hôpital (Grimes et al., 1981).

Les hôpitaux éprouvent beaucoup de difficultés à trouver du temps, dans l'horaire surchargé des salles d'opération, pour pratiquer les interruptions de grossesse. Dans la plupart des hôpitaux, les avortements ne sont pas considérés comme une priorité sur leur liste. Les gynécologues doivent caser les avortements à l'intérieur du temps de salle d'opération qui leur est alloué. Bien que les avortements puissent être pratiqués dans des salles d'interventions mineures, sans risque pour la patiente, il s'agit bien là d'une pratique inhabituelle.

L'existence de lois dans d'autres pays autorisant la pratique de certains avortements à l'extérieur de l'hôpital est particulièrement révélatrice de la sûreté de l'intervention dans ces circonstances et de la nécessité de prévoir d'autres moyens étant donné les ressources limitées des hôpitaux. Dans le rapport Powell, on fait observer, à la p. 21, que:

[TRADUCTION] Dans de nombreux pays européens, y compris les Pays-Bas, la Pologne et l'Allemagne de l'Ouest, approximativement la moitié des avortements sont pratiqués ailleurs que dans des établissements hospitaliers. En France, en 1982, 53 pour 100 des avortements ont été pratiqués dans 90 «centres d'interruption volontaire de grossesse» administrés par les hôpitaux, mais constituant en pratique des cliniques d'avortement distinctes. Le gouvernement français a ordonné que tous les hôpitaux publics qui ne pouvaient répondre à la demande d'avortements offrent de telles cliniques.

L'expérience américaine est particulièrement saisissante au sujet de la règle de l'avortement à l'hôpital. Le rapport Powell a souligné que 82 pour 100 des avortements pratiqués aux États-Unis en 1982 l'avaient été en dehors du milieu hospitalier



this finding at trial. Dr. Christopher Tietze, a recognized expert on abortion, explained at trial that in 1981 all out-of-hospital abortion clinics in the United States performed abortions up to 10 weeks gestational age, 90 per cent of clinics performed abortions up to 12 weeks, 50 per cent of clinics up to 14 weeks and 20 per cent accepted patients up to 16 weeks. Although the legal basis upon which women assert a constitutional right of access to abortion is different in the United States than that which I find in the case at bar, the American experience as to the inappropriateness of a universal in-hospital requirement remains relevant.

The Powell Report proposed a number of projects as alternatives to the in-hospital rule for therapeutic abortions. Each proposal is designed to be "under the jurisdiction of a hospital board or several hospital boards with approval for abortion services provided through hospital therapeutic abortion committee mechanisms" (at p. 37). One such proposal is for the establishment of comprehensive women's health care clinics which would provide first trimester abortions, referrals to hospitals for second trimester abortions and post-abortion counselling. Regional centres for therapeutic abortion clinics affiliated with but not necessarily located in a hospital are also proposed in the Report, which goes on to emphasize that first trimester ambulatory abortions are those most appropriate for a non-hospital setting.

The Badgley Committee also made a series of proposals designed to reduce the number and type of complications associated with therapeutic abortions. These included a proposal, at p. 322, for "concentrating the performance of the abortion procedure into specialized units with a full range of the required equipment and facilities and staffed by experienced and specially trained nurses and medical personnel".

(à la p. 22). Les experts ont confirmé cette constatation en première instance. Le Dr Christopher Tietze, un expert reconnu en matière d'avortements, a expliqué en première instance qu'en 1981 toutes les cliniques d'avortements à l'extérieur des hôpitaux, aux États-Unis, avaient pratiqué des avortements jusqu'au stade de dix semaines de grossesse, 90 pour 100 des cliniques en avaient pratiqué jusqu'au stade de 12 semaines, 50 pour 100 jusqu'au stade de 14 semaines et 20 pour 100 acceptaient des patientes jusqu'à 16 semaines. Quoique le fondement juridique en vertu duquel les femmes revendiquent un droit constitutionnel à l'avortement diffère aux États-Unis de celui que je constate en l'espèce, l'expérience américaine concernant l'inopportunité d'une obligation universelle de pratiquer l'avortement à l'hôpital demeure pertinente.

Le rapport Powell a proposé un certain nombre de solutions de rechange à la règle de l'hôpital applicable aux avortements thérapeutiques. Chaque proposition est conçue de façon à [TRANSDUCTION] «relever de la compétence d'un conseil d'hôpital ou de plusieurs conseils d'hôpitaux, avec approbation des avortements par le biais des comités de l'avortement thérapeutique de l'hôpital» (à la p. 37). L'une de ces propositions est d'établir des cliniques générales de santé pour les femmes qui offriraient des avortements du premier trimestre et l'assistance postavortement, et renverraient aux hôpitaux pour les avortements du second trimestre. Des centres régionaux de clinique d'avortements thérapeutiques affiliés à un hôpital, sans nécessairement y être localisés, sont aussi proposés dans le rapport, qui souligne également que les avortements ambulatoires du premier trimestre sont les plus appropriés en dehors du cadre hospitalier.

Le comité Badgley a fait lui aussi une série de propositions conçues pour réduire le nombre et le genre de complications liées aux avortements thérapeutiques. Il a proposé notamment le "regroupement de la pratique des avortements dans des services spécialisés munis de tout l'équipement et de toutes les installations nécessaires et dotés d'un personnel médical et infirmier expérimenté et ayant reçu une formation spéciale à cet égard", à la p. 358.

Whatever the eventual solution may be, it is plain that the in-hospital requirement is not justified in all cases. Although the protection of health of the woman is the objective which the in-hospital rule is intended to serve, the requirement that all therapeutic abortions be performed in eligible hospitals is unnecessary to meet that objective in all cases. In this sense, the rule is manifestly unfair and offends the principles of fundamental justice. I appreciate that the precise nature of the administrative solution may be complicated by the constitutional division of powers between Parliament and the provinces. There is no doubt that Parliament could allow the criminal law exception to operate in all hospitals, for example, though the provinces retain the power to establish these hospitals under s. 92(7) of the *Constitution Act, 1867*. On the other hand, if Parliament decided to allow therapeutic abortions to be performed in provincially licensed clinics, it is possible that both Parliament and the provinces would be called upon to collaborate in the implementation of the plan.

An objection can also be raised in respect of the requirement that the committee come from the accredited or approved hospital in which the abortion is to be performed. It is difficult to see a connection between this requirement and any of the practical purposes for which s. 251(4) was enacted. It cannot be said to have been adopted in order to promote the safety of therapeutic abortions or the safety of the pregnant woman. Nor is the rule designed to preserve the state interest in the foetus. The integrity of the independent medical opinion is no better served by a committee within the hospital than a committee from outside the hospital as long as the practising physician remains excluded in both circumstances as part of a proper state participation in the choice of the procedure necessary to secure an independent opinion.

In a recent unpublished paper entitled *Options for Abortion Policy Reform: A Consultation Document* (1986), at p. 74, the Fetal Status Working Group, (Edward W. Keyserlingk, Director), Protection of Life Project of the Law Reform

Quelle que soit la solution adoptée, il est clair que l'obligation de pratiquer l'avortement dans un hôpital n'est pas justifiée dans tous les cas. Si la protection de la santé de la femme est l'objectif visé par la règle de l'hôpital, l'exigence que tous les avortements thérapeutiques soient pratiqués dans des hôpitaux admissibles n'est pas nécessaire pour l'atteindre dans tous les cas. En ce sens, la règle est nettement injuste et viole les principes de justice fondamentale. Je sais que la nature précise de la solution administrative peut se trouver compliquée par le partage constitutionnel des compétences entre le Parlement et les provinces. Il ne fait pas de doute que le Parlement pourrait permettre que l'exception du droit criminel s'applique dans tous les hôpitaux, par exemple, bien que les provinces conservent le pouvoir d'établir ces hôpitaux en vertu du par. 92(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. D'autre part, si le Parlement décidait d'autoriser de pratiquer des avortements thérapeutiques dans des cliniques autorisées par une province, il se peut que le Parlement et les provinces soient amenés à collaborer à la mise en œuvre du plan.

Une objection peut également être soulevée à l'égard de l'obligation que le comité provienne de l'hôpital accrédité ou approuvé où l'avortement doit être pratiqué. Il est difficile de voir un lien entre cette exigence et l'une ou l'autre des raisons pratiques pour lesquelles le par. 251(4) a été adopté. On ne peut pas dire qu'elle a été adoptée pour promouvoir la sécurité des avortements thérapeutiques ni celle de la femme enceinte. La règle n'est pas non plus conçue pour préserver l'intérêt qu'a l'État dans le foetus. L'intégrité de l'opinion médicale indépendante n'est pas mieux garantie par un comité interne de l'hôpital que par un comité externe, à la condition que le médecin traitant demeure exclu dans les deux cas comme élément de la participation appropriée de l'État au choix de la procédure nécessaire pour assurer l'obtention d'une opinion indépendante.

Dans un document récent inédit, intitulé *La réforme en matière d'avortement: les solutions possibles* (1986), à la p. 74, le groupe de travail sur le statut juridique du foetus, section de recherche sur la protection de la vie (Edward W. Keyser-

Commission of Canada confirmed the view that the requirement that abortion committees be limited to hospitals is unnecessary:

Restricting the existence of these committees to hospitals appears to be one of the reasons for delays and inequitable access. There appears to be no compelling medical reason why committees should not be attached to clinics which are equipped and licensed to provide this procedure.

The Law Reform Commission's Working Group raises the possibility of regional abortion committees to replace the current rule (*supra*, at p. 76). The Powell Report proposals include a model whereby a central therapeutic abortion committee could serve several hospitals (*supra*, at p. 38).

Whatever solution is finally retained, it is plain that the requirement that the therapeutic abortion committee come from the hospital in which the abortion will be performed serves no real purpose. The risk resulting from the delay caused by s. 251(4) in this respect is unnecessary. Consequently, this requirement violates the principles of fundamental justice.

Other aspects of the committee requirement in s. 251(4) add to the manifest unfairness of the administrative structure. These include requirements which are at best only tenuously connected to the purpose of obtaining independent confirmation that the standard in s. 251(4)(c) has been met and which do not usefully contribute to the realization of that purpose. Hospital boards are entitled to appoint committees made up of three or more qualified medical practitioners. As I observed earlier, if more than three members are appointed, precious time can be lost when quorum cannot be established because members are absent. Whatever the number of members necessary to arrive at an independent appreciation of the state of the woman's life or health may in fact be, this number should be kept to a minimum to avoid unnecessary delays which, as I have explained, result in increased risk to women. Allowing a board to increase the number of members above a statutory

lingk, directeur), Commission de réforme du droit du Canada, confirme l'opinion qu'il n'est pas nécessaire d'exiger que les comités de l'avortement soient limités aux hôpitaux:

<sup>a</sup> Les lenteurs du système actuel et les inégalités d'accès sont en partie imputables au fait que les comités ne peuvent être établis que dans des hôpitaux. Or, il ne semble exister, sur le plan médical, aucune raison contraignante pour empêcher de constituer un comité dans une clinique qui dispose du matériel et des permis nécessaires.

<sup>c</sup> Le groupe de travail de la Commission de réforme du droit soulève la possibilité d'avoir des comités d'avortement régionaux pour remplacer la règle actuelle (précitée, à la p. 76). Les propositions du rapport Powell comportent un modèle selon lequel un comité central de l'avortement thérapeutique desservirait plusieurs hôpitaux (précité, à la p. 38).

<sup>e</sup> Quelle que soit la solution finalement retenue, il est clair que l'obligation que le comité de l'avortement thérapeutique provienne de l'hôpital où l'avortement sera pratiqué ne sert aucune fin véritable. Le risque résultant du délai engendré par le par. 251(4) à cet égard est inutile. Par conséquent, cette exigence viole les principes de justice fondamentale.

<sup>g</sup> D'autres aspects de l'obligation d'avoir un comité, imposée par le par. 251(4), ajoutent à l'inéquité manifeste de la structure administrative. Ils comportent des exigences qui, au mieux, n'ont qu'un rapport ténu avec l'objectif d'obtenir une confirmation indépendante que le critère de l'al. 251(4)(c) a été respecté et qui n'apportent aucune contribution utile à la réalisation de cet objectif.

<sup>h</sup> Les conseils d'hôpitaux ont le droit de nommer des comités formés de trois médecins qualifiés ou plus. Comme je l'ai déjà fait observer, si l'on nomme plus de trois membres, un temps précieux peut être perdu lorsqu'il est impossible d'atteindre le quorum en raison de l'absence de certains membres. Quel que soit le nombre de membres du comité nécessaire pour avoir une appréciation indépendante de l'état de santé de la femme ou du danger pour sa vie, il faudrait s'en tenir à un nombre minimum afin d'éviter les délais inutiles qui, comme je l'ai expliqué, accroissent les risques

minimum of three members does not add to the integrity of the independent opinion. This aspect of the current rule is unnecessary and, since it can result in increased risks, offends the principles of fundamental justice.

Similarly, the exclusion of all physicians who practise therapeutic abortions from the committees is exorbitant. This rule was no doubt included in s. 251(4) to promote the independence of the therapeutic abortion committees' appreciation of the standard. As I have said, the exclusion of the practising physician, although it diverges from usual medical practice, is appropriate in the criminal context to ensure the independent opinion with respect to the life or health of that physician's patient. The exclusion of all physicians who perform therapeutic abortions from committees, even when they have no connection with the patient in question, is not only unnecessary but potentially counterproductive. There are no reasonable grounds to suspect bias from a physician who has no connection with the patient simply because, in the course of his or her medical practice, he or she performs lawful abortions. Furthermore, physicians who perform therapeutic abortions have useful expertise which would add to the precision and the integrity of the independent opinion itself. Some state control is appropriate to ensure the independence of the opinion. However, this rule as it now stands is excessive and can increase the risk of delay because fewer physicians are qualified to serve on the committees.

The foregoing analysis of the administrative structure of s. 251(4) is by no means a complete catalogue of all the current systems' strengths and failings. It demonstrates, however, that the administrative structure put in place by Parliament has enough shortcomings so that s. 251(4), when considered as a whole, violates the principles of fundamental justice. These shortcomings stem from rules which are not necessary to the purposes for which s. 251(4) was established. These un-

pour les femmes. Autoriser un conseil à augmenter le nombre de ses membres au-dessus du minimum légal de trois n'ajoute rien à l'intégrité de l'opinion indépendante. Cet aspect de la règle actuelle n'est pas nécessaire et, comme il peut en résulter des risques accrus, il viole les principes de justice fondamentale.

De même, l'exclusion au sein de ces comités de tous les médecins qui pratiquent des avortements thérapeutiques est exorbitante. Cette règle a sans doute été incluse dans le par. 251(4) pour favoriser le caractère indépendant de l'appréciation du critère par les comités de l'avortement thérapeutique. Comme je l'ai dit, l'exclusion du médecin traitant, bien qu'elle s'écarte de la pratique médicale habituelle, est appropriée dans un contexte criminel pour assurer une opinion indépendante sur le danger pour la vie ou la santé de la patiente du médecin. L'exclusion au sein des comités de tous les médecins qui pratiquent des avortements thérapeutiques, même lorsqu'ils n'ont aucun lien avec la patiente en cause, est non seulement inutile mais potentiellement nuisible. Il n'y a pas de motifs raisonnables de soupçonner qu'un médecin qui n'a aucun lien avec la patiente est partial simplement parce que, dans le cours de son exercice de la médecine, il pratique des avortements licites. De plus, les médecins qui pratiquent des avortements thérapeutiques possèdent des compétences utiles qui peuvent accroître la précision et l'intégrité de l'opinion indépendante elle-même. Un certain contrôle de l'État s'impose si l'on veut assurer le caractère indépendant de l'opinion. Toutefois, la règle dans son état actuel est excessive et susceptible d'accroître le risque de délai du fait que moins de médecins sont admissibles à siéger à ces comités.

L'analyse qui précède de la structure administrative du par. 251(4) ne se veut nullement un tableau complet de tous les points forts et de toutes les faiblesses du système actuel. Elle démontre néanmoins que la structure administrative mise en place par le législateur fédéral comporte suffisamment de lacunes pour que le par. 251(4), pris dans son ensemble, viole les principes de justice fondamentale. Ces lacunes résultent de règles qui ne sont pas nécessaires pour atteindre les objectifs

necessary rules, because they impose delays which result in an additional risk to women's health, are manifestly unfair.

#### V — Section 1 of the *Charter*

I agree with the view that s. 1 of the *Charter* can be used to save a legislative provision which breaches s. 7 in the manner which s. 251 of the *Criminal Code* violates s. 7 in this case. Section 1 states:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

The Chief Justice provided an analysis of s. 1 in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 138-39, which is appropriate for the purposes of addressing s. 1 in the case at bar. Those seeking to uphold s. 251 of the *Criminal Code* must demonstrate the following:

- (1) the objective which s. 251 is designed to serve must "relate to concerns which are pressing and substantial"; and
- (2) "once a sufficiently significant objective is recognized, then the party invoking s. 1 must show that the means chosen are reasonable and demonstrably justified. This involves a 'form of proportionality test'."

I shall consider each of these two criteria which must be met if the limit on the s. 7 right is to be found reasonable.

#### (1) *The Objective of s. 251*

I agree with Wilson J.'s characterization of s. 251, explained in the following terms, at p. 181:

In my view, the primary objective of the impugned legislation must be seen as the protection of the foetus. It undoubtedly has other ancillary objectives, such as the protection of the life and health of pregnant women, but I believe that the main objective advanced to justify a restriction on the pregnant woman's s. 7 right is the protection of the foetus.

pour lesquels le par. 251(4) a été édicté. Ces règles inutiles, du fait qu'elles imposent des délais qui entraînent un risque additionnel pour la santé des femmes, sont nettement injustes.

#### <sup>a</sup> V — L'article premier de la *Charte*

Je partage l'avis qu'on peut avoir recours à l'article premier de la *Charte* pour sauvegarder une disposition législative qui enfreint l'art. 7 de la manière dont l'art. 251 du *Code criminel* viole celui-ci en l'espèce. L'article premier porte:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

<sup>d</sup> Le Juge en chef fournit, dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, aux pp. 138 et 139, une analyse de l'article premier qui est pertinente aux fins d'aborder ce même article en l'espèce. Ceux qui veulent soutenir la validité de l'art. 251 du *Code criminel* doivent démontrer ce qui suit:

- (1) l'objectif que l'art. 251 vise à servir doit «se rapporter[r] à des préoccupations urgentes et réelles»; et
- (2) «dès qu'il est reconnu qu'un objectif est suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier doit alors démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Cela nécessite l'application d'une sorte de critère de proportionnalité».

<sup>h</sup> Je vais examiner chacun de ces deux critères auxquels il faut satisfaire pour que la restriction du droit conféré par l'art. 7 soit jugée raisonnable.

#### (1) *L'objectif de l'art. 251*

<sup>i</sup> Je souscris à la façon dont le juge Wilson qualifie l'art. 251, à la p. 181:

<sup>j</sup> À mon avis, il faut voir dans l'objectif premier de la loi contestée la protection du foetus. Elle a sans doute d'autres objectifs secondaires, telle la protection de la vie et de la santé de la femme enceinte, mais je crois que l'objectif principal invoqué pour justifier la restriction du droit de la femme enceinte garanti par l'art. 7 est la protection du foetus.

The primary objective of the protection of the foetus is the main objective relevant to the analysis of s. 251 under the first test of *Oakes*. With the greatest respect, I believe the Chief Justice incorrectly identifies (at p. 75) the objective of balancing foetal interests and those of pregnant women, "with the lives and health of women a major factor", as "sufficiently important to meet the requirements of the first step in the *Oakes* inquiry under s. 1".

The focus in *Oakes* is the objective "which the measures responsible for a limit on a *Charter* right or freedom are designed to serve" (*supra*, at p. 138). In the context of the criminal law of abortion, the objective, which the measures in s. 251 responsible for a limit on the s. 7 *Charter* right are designed to serve, is the protection of the foetus. The narrow aim of s. 251(4) should not be confused with the primary objective of s. 251 as a whole. Given that s. 251 is a "comprehensive code", to use the expression of the Chief Justice, it is inappropriate, in my view, to focus on the exculpatory provision alone as the statement of Parliament's objective in establishing the crime. (See *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 751, in which the Court unanimously held that an exemption must be read in light of the affirmative provision to which it relates.) The ancillary objective of protecting the life or health of the pregnant woman, whether viewed alone or balanced against the protection of the foetus, is not the primary objective which the measures responsible for a limit on the constitutional right to security of the person were put in place to achieve.

This balance cannot be considered as Parliament's objective in establishing the crime nor in maintaining this activity as a crime following the amendments to the *Criminal Code* in 1969. Section 251(4) only applies in specified circumstances. When the life or health of a pregnant woman is not in danger and she seeks an abortion on the basis of her own non-medical "priorities and aspirations", it is plain that the rules in s. 251 preclud-

L'objectif premier, celui de la protection du fœtus, est le principal objectif pertinent pour l'analyse de l'art. 251 selon le premier critère de l'arrêt *Oakes*. Je crois, en toute déférence, que le Juge en chef a mal identifié (à la p. 75) l'objectif d'équilibrer les intérêts du fœtus et ceux des femmes enceintes — "la vie et la santé des femmes étant un facteur majeur" — comme étant "suffisamment important pour répondre aux exigences du premier volet de l'analyse, selon l'arrêt *Oakes*, au regard de l'article premier".

Le point central en vertu de l'arrêt *Oakes* est l'objectif «que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*» (précité, à la p. 138). Dans le contexte du droit criminel en matière d'avortement, l'objectif que visent à servir les mesures prévues à l'art. 251, qui sont à l'origine de la restriction du droit conféré par l'art. 7 de la *Charte*, est la protection du fœtus. On ne doit pas confondre le but limité du par. 251(4) et l'objectif premier de l'art. 251 pris dans son ensemble. Étant donné que l'art. 251 constitue un «code complet», pour reprendre l'expression du Juge en chef, on ne peut à bon droit, à mon sens, se concentrer sur la disposition disculpatoire seule comme étant l'énoncé de l'objectif du Parlement en créant le crime. (Voir l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 751, où cette Cour a reconnu unanimement qu'une exemption doit s'interpréter en fonction de la disposition affirmative à laquelle elle se rapporte.) L'objectif secondaire, savoir la protection de la vie ou de la santé de la femme enceinte, considéré seul ou par rapport à la protection du fœtus, n'est pas l'objectif premier pour lequel les mesures à l'origine de la restriction du droit constitutionnel à la sécurité de la personne ont été instaurées.

Cet équilibre ne peut pas être considéré comme l'objectif ayant conduit le Parlement à créer ce crime ni à conserver cette activité dans la catégorie des crimes suite aux modifications apportées au *Code criminel* en 1969. Le paragraphe 251(4) ne s'applique que dans des cas délimités. Lorsque la vie ou la santé d'une femme enceinte n'est pas en danger et qu'elle recherche un avortement en raison de ses propres «priorités et aspirations» non

ing her from obtaining a lawful abortion have as their sole objective the protection of the foetus.

Furthermore, as federal legislation in respect of Parliament's jurisdiction over the criminal law in s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, s. 251 cannot be said to have as its sole or principal objective, as the appellants argue, the protection of the life or health of pregnant women. Legislation which in its pith and substance is related to the life or health of pregnant women, depending of course on its precise terms, would be characterized as in relation to one of the provincial heads of power (see *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112, at p. 137, *per* Dickson J., as he then was). The exculpatory provision in s. 251(4) cannot stand on its own as a valid exercise of Parliament's criminal law power.

Does the objective of protecting the foetus in s. 251 relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society? The answer to the first step of the *Oakes* test is yes. I am of the view that the protection of the foetus is and, as the Court of Appeal observed, always has been, a valid objective in Canadian criminal law. I have already elaborated on this objective in my discussion of the principles of fundamental justice. I think s. 1 of the *Charter* authorizes reasonable limits to be put on a woman's right having regard to the state interest in the protection of the foetus.

## (2) Proportionality

I turn now to the second test in *Oakes*. The Crown must show that the means chosen in s. 251 are reasonable and demonstrably justified. In *Oakes, supra*, at p. 139, the Chief Justice outlined three components of the proportionality test:

First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair "as little

médicales, il est manifeste que les règles de l'art. 251 qui l'empêchent d'obtenir un avortement licite ont comme seul objectif la protection du fœtus.

En outre, comme il s'agit d'un texte législatif fédéral relevant de la compétence du Parlement en matière de droit criminel, selon le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, on ne peut dire de l'art. 251 qu'il a pour unique ou principal objectif, comme les appelants le soutiennent, la protection de la vie ou de la santé des femmes enceintes. Une mesure législative qui, de par son caractère véritable, se rapporte à la vie ou à la santé des femmes enceintes, en fonction naturellement de ses termes précis, serait qualifiée de relative à l'un des chefs de compétence provinciale (voir *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, à la p. 137, le juge Dickson, maintenant Juge en chef). La disposition disculpatoire du par. 251(4) ne saurait subsister d'elle-même à titre d'exercice valide de la compétence fédérale en matière de droit criminel.

La protection du fœtus à titre d'objectif de l'art. 251 se rapporte-t-elle à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique? La réponse au premier volet du critère de l'arrêt *Oakes* est affirmative. Je suis d'avis que la protection du fœtus est et, comme l'a fait observer la Cour d'appel, a toujours été un objectif valide du droit criminel canadien. J'ai déjà examiné en détail cet objectif dans mon analyse des principes de justice fondamentale. Je pense que l'article premier de la *Charte* permet de limiter raisonnablement le droit d'une femme compte tenu de l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus.

## (2) Le critère de proportionnalité

J'en viens maintenant au second critère de l'arrêt *Oakes*. Le ministère public doit démontrer que les moyens choisis à l'art. 251 sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Dans l'arrêt *Oakes*, précité, à la p. 139, le Juge en chef expose les trois composantes du critère de la proportionnalité:

Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un

as possible” the right or freedom in question: *R. v. Big M. Drug Mart Ltd.*, . . . at p. 352. Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the *Charter* right or freedom, and the objective which has been identified as of “sufficient importance”.

For the purposes of the first component of proportionality, I observe that it was necessary, in my discussion of s. 251(4) and the principles of fundamental justice, to explain my view that certain of the rules governing access to therapeutic abortions free from criminal sanction are unnecessary in respect of the objectives which s. 251 is designed to serve. A rule which is unnecessary in respect of Parliament’s objectives cannot be said to be “rationally connected” thereto or to be “carefully designed to achieve the objective in question”. Furthermore, not only are some of the rules in s. 251 unnecessary to the primary objective of the protection of the foetus and the ancillary objective of the protection of the pregnant woman’s life or health, but their practical effect is to undermine the health of the woman which Parliament purports to consider so important. Consequently, s. 251 does not meet the proportionality test in *Oakes*.

There is no saving s. 251 by simply severing the offending portions of s. 251(4). The current rule expressed in s. 251, which articulates both Parliament’s principal and ancillary objectives, cannot stand without the exception in s. 251(4). The violation of pregnant women’s security of the person would be greater, not lesser, if s. 251(4) was severed leaving the remaining subsections of s. 251 as they are in the *Criminal Code*.

Given my conclusion in respect of the first component of the proportionality test, it is not necessary to address the questions as to whether the means in s. 251 “impair as little as possible” the s. 7 *Charter* right and whether there is a proportionality between the effects of s. 251 and the objective of protecting the foetus. Thus, I am not required to answer the difficult question concerning the cir-

tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [ . . . ] à la p. 352. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et l’objectif reconnu comme «suffisamment important».

Pour les fins de la première composante de la proportionnalité, j’ai fait observer, dans mon analyse du par. 251(4) et des principes de justice fondamentale, qu’il était nécessaire d’expliquer mon opinion que certaines des règles régissant la possibilité d’obtenir un avortement thérapeutique, sans menace de répression pénale, ne sont pas nécessaires pour atteindre les objectifs pour lesquels l’art. 251 a été conçu. On ne saurait dire d’une règle qui n’est pas nécessaire pour atteindre les objectifs du législateur qu’elle a un «lien rationnel» avec ceux-ci ni qu’elle a été «soigneusement conçue pour atteindre l’objectif en question». De plus, non seulement certaines des règles de l’art. 251 ne sont-elles pas nécessaires à l’objectif premier, soit la protection du foetus, et à l’objectif secondaire, soit la protection de la vie ou de la santé de la femme enceinte, mais encore elles ont pour effet pratique de miner la santé de la femme que le législateur prétend considérer si importante. Par conséquent, l’art. 251 ne satisfait pas au critère de proportionnalité de l’arrêt *Oakes*.

L’article 251 ne saurait être sauvegardé par le simple retranchement des parties fautives du par. 251(4). La règle actuellement exprimée à l’art. 251, qui traduit à la fois les objectifs principaux et secondaires du législateur, ne saurait subsister sans l’exception du par. 251(4). La violation de la sécurité de la personne des femmes enceintes serait plus grande, et non moindre, si le par. 251(4) devait être retranché, laissant tels quels dans le *Code criminel* les autres paragraphes de l’art. 251.

Étant donné ma conclusion relative à la première composante du critère de la proportionnalité, il n’est pas nécessaire d’aborder les questions de savoir si les moyens choisis à l’art. 251 «porte[nt] le moins possible atteinte» au droit conféré par l’art. 7 de la *Charte* et s’il y a proportionnalité entre les effets de l’art. 251 et l’objectif consistant à protéger le foetus. Ainsi, je n’ai pas à répondre à

1988 CanLII 90 (SCC)



cumstances in which there is a proportionality between the effects of s. 251 which limit the right of pregnant women to security of the person and the objective of the protection of the foetus. I do feel bound, however, to comment upon the balance which Parliament sought to achieve between the interest in the protection of the foetus and the interest in the life or health of the pregnant woman in adopting the amendments to the *Criminal Code* in 1969.

In *Oakes*, *supra*, at p. 140, the Chief Justice further explained the third component of the proportionality test in the following terms:

Even if an objective is of sufficient importance, and the first two elements of the proportionality test are satisfied, it is still possible that, because of the severity of the deleterious effects of a measure on individuals or groups, the measure will not be justified by the purposes it is intended to serve. The more severe the deleterious effects of a measure, the more important the objective must be if the measure is to be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. [Emphasis added.]

The objective of protecting the foetus would not justify, in my view, the severity of the breach of pregnant women's right to security which would result if the exculpatory provision was completely removed from the *Criminal Code*.

The gist of s. 251(4) is, as I have said, that the objective of protecting the foetus is not of sufficient importance to defeat the interest in protecting pregnant women from pregnancies which represent a danger to life or health. I take this parliamentary enactment in 1969 as an indication that, in a free and democratic society, it would be unreasonable to limit the pregnant woman's right to security of the person by a rule prohibiting abortions in all circumstances when her life or health would or would likely be in danger. This decision of the Canadian Parliament to the effect that the life or health of the pregnant woman takes precedence over the state interest in the foetus is also reflected in legislation in other free and democratic societies.

la difficile question des circonstances dans lesquelles il y aurait proportionnalité entre les effets de l'art. 251, qui limitent le droit des femmes enceintes à la sécurité de leur personne, et la protection du fœtus en tant qu'objectif. J'estime devoir néanmoins commenter l'équilibre que le législateur a cherché à établir entre l'intérêt qu'il y a dans la protection du fœtus et celui qu'il y a dans la vie ou la santé de la femme enceinte, en adoptant les modifications apportées au *Code criminel* en 1969.

Dans l'arrêt *Oakes*, précité, à la p. 140, le Juge en chef poursuit son explication de la troisième composante du critère de la proportionnalité dans les termes suivants:

Même si un objectif est suffisamment important et même si on a satisfait aux deux premiers éléments du critère de proportionnalité, il se peut encore qu'en raison de la gravité de ses effets préjudiciables sur des particuliers ou sur des groupes, la mesure ne soit pas justifiée par les objectifs qu'elle est destinée à servir. Plus les effets préjudiciables d'une mesure sont graves, plus l'objectif doit être important pour que la mesure soit raisonnable et que sa justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. [Je souligne.]

L'objectif consistant à protéger le fœtus ne justifierait pas, à mon avis, une atteinte au droit à la sécurité des femmes enceintes aussi grave que celle qui résulterait si la disposition disculpatoire était complètement supprimée du *Code criminel*.

Le paragraphe 251(4) porte essentiellement, comme je l'ai dit, que l'objectif de protection du fœtus n'est pas suffisamment important pour repousser l'intérêt qu'il y a à protéger les femmes enceintes contre des grossesses qui représentent un danger pour leur vie ou leur santé. Je considère que le texte adopté par le législateur en 1969 constitue une indication que, dans une société libre et démocratique, il serait déraisonnable de limiter le droit de la femme enceinte à la sécurité de sa personne par une règle interdisant les avortements dans toutes les circonstances lorsque sa vie ou sa santé serait ou serait probablement en danger. Cette décision du Parlement du Canada que la vie ou la santé de la femme enceinte a préséance sur l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus trouve aussi son pendant dans les lois d'autres sociétés libres et démocratiques.

In *Emerging Issues in Commonwealth Abortion Laws, 1982* (1983), *passim*, submitted as an exhibit at trial, Rebecca J. Cook and Bernard M. Dickens report that, on the basis of the law in force as of November 1, 1982, the United Kingdom, New Zealand and Australia Capital Territory, New South Wales, Northern Territory, Queensland, South Australia, and Victoria, among other Commonwealth jurisdictions, include risk to the pregnant woman's life, physical health and mental health as legal grounds for abortion. The Crown and the Attorney General of Canada, in their books of authorities, cited statutes from these and other jurisdictions which indicate that a danger to the life or health of the pregnant woman takes precedence over the state interest in the foetus: the United Kingdom, *Abortion Act, 1967*, 1967, c. 87, s. 1(1)(a); Australian Northern Territory, *Criminal Law Consolidation Act and Ordinance*, s. 79 A(3)(a); South Australia, *Criminal Law Consolidation Act, 1935-1975*, s. 82a(1)(a)(i); Federal Republic of Germany, *Criminal Code*, as amended by the *Fifteenth Criminal Law Amendment Act* (1976), s. 218a(1); Israel, *Penal Law, 5737-1977* (as amended), art. 316(a)(4); New Zealand, *Crimes Act 1961*, as amended by the *Crimes Amendment Act 1977* and the *Crimes Amendment Act 1978*, s. 187A(1)(a); and France, *Code pénal*, art. 317 and *Code de la santé publique*, art. 162-1 and 162-12. This substantiates the view that the legislative decision in Canada that the life or health of the woman takes precedence over the state interest in the foetus is in accordance with s. 1 of the *Charter*.

I note that the laws in some of these foreign jurisdictions, unlike s. 251 of the *Criminal Code*, require a higher standard of danger to health in the latter months of pregnancy, as opposed to the early months, for an abortion to be lawful. Would such a rule, if it was adopted in Canada, constitute a reasonable limit on the right to security of the person under s. 1 of the *Charter*? As I have said, given the actual wording of s. 251, pursuant to which the standard necessary for a lawful abortion does not vary according to the stage of pregnancy,

Dans l'ouvrage intitulé *Emerging Issues in Commonwealth Abortion Laws, 1982* (1983), *passim*, une pièce produite en première instance, Rebecca J. Cook et Bernard M. Dickens rapportent que, selon le droit en vigueur au 1<sup>er</sup> novembre 1982, le Royaume-Uni, la Nouvelle-Zélande et le Territoire de la capitale de l'Australie, la Nouvelle-Galles du Sud, le Territoire du Nord, le Queensland, l'Australie-Méridionale et Victoria, parmi d'autres ressorts du Commonwealth, incluent le risque pour la vie ou la santé physique et mentale de la femme enceinte comme motifs légaux d'avortement. Le ministère public et le procureur général du Canada, dans leurs dossiers de sources législative, jurisprudentielle et doctrinale, citent des lois de ces ressorts notamment, qui indiquent qu'un danger pour la vie ou la santé de la femme enceinte l'emporte sur l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus: Royaume-Uni, *Abortion Act, 1967*, 1967, chap. 87, al. 1(1)a); Territoire du Nord de l'Australie, *Criminal Law Consolidation Act and Ordinance*, al. 79 A(3)a); Australie-Méridionale, *Criminal Law Consolidation Act, 1935-1975*, sous-al. 82a(1)a)(i); République fédérale de l'Allemagne, *Criminal Code*, modifié par la *Fifteenth Criminal Law Amendment Act* (1976), al. 218a(1); Israël, *Penal Law, 5737-1977* (modifiée), al. 316a(4); Nouvelle-Zélande, *Crimes Act 1961*, modifiée par la *Crimes Amendment Act 1977* et la *Crimes Amendment Act 1978*, al. 187A(1)a) et France, *Code pénal*, art. 317 et *Code de la santé publique*, art. 162-1 et 162-12. Cela corrobore le point de vue selon lequel la décision du législateur canadien que la vie ou la santé de la femme a préséance sur l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus est conforme à l'article premier de la *Charte*.

Je souligne que les lois de certains de ces ressorts étrangers exigent, à la différence de l'art. 251 du *Code criminel*, que la santé soit plus gravement menacée dans les derniers mois de la grossesse que dans les premiers pour que l'avortement soit légal. Si une telle règle était adoptée au Canada, constituerait-elle une limite raisonnable du droit à la sécurité de la personne au sens de l'article premier de la *Charte*? Comme je l'ai dit, vu le texte actuel de l'art. 251 selon lequel le critère requis pour qu'un avortement soit licite ne varie pas selon le

this Court is not required to consider this question under s. 1 of the *Charter*. It is possible that a future enactment by Parliament along the lines of the laws adopted in these jurisdictions could achieve a proportionality which is acceptable under s. 1. As I have stated, however, I am of the view that the objective of protecting the foetus would not justify the complete removal of the exculpatory provisions from the *Criminal Code*.

Finally, I wish to stress that we have not been asked to decide nor is it necessary, given my own conclusion that s. 251 contains rules unnecessary to the protection of the foetus, to decide whether a foetus is included in the word "everyone" in s. 7 so as to have a right to "life, liberty and security of the person" under the *Charter*.

#### VI — Other Grounds for Appeal

Counsel for the appellants raised several other grounds for appeal before this Court. The argument concerning the alleged invalidity of s. 605(1)(a) of the *Criminal Code* is the only *Charter* argument, apart from that pertaining to s. 7, which must be addressed. If the Crown had no right of appeal, the appellants would necessarily succeed on this sole ground as this Court would be required to quash the decision of the Court of Appeal. Although, as a result of my answers to the first and second constitutional questions, I am not required to respond to the other arguments to dispose of this appeal, I believe that it is appropriate to answer the non-*Charter* issues.

#### Section 91(27) of the Constitution Act, 1867

I agree with McIntyre J. and the Court of Appeal that there is no merit in the argument that s. 251 is *ultra vires* of Parliament. In *Morgentaler* (1975), *supra*, this Court unanimously held that s. 251 is not colourable provincial legislation in relation to health but that it constitutes a proper exercise of Parliament's criminal law power pursuant to s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. I agree. Indeed, as I have decided, s. 251 cannot be said to be simply a mechanism designed to protect

stade de la grossesse, cette Cour n'est pas obligée d'examiner cette question aux termes de l'article premier de la *Charte*. Il est possible que le législateur puisse adopter à l'avenir une modification dans la veine des lois adoptées par ces ressorts qui créerait une proportionnalité acceptable aux termes de l'article premier. Toutefois, comme je l'ai dit, je suis d'avis que l'objectif de la protection du foetus ne justifierait pas l'exclusion totale des dispositions disculpatoires du *Code criminel*.

Enfin, je tiens à souligner qu'on ne nous a pas demandé, pas plus qu'il n'est nécessaire de le faire, étant donné ma propre conclusion que l'art. 251 comporte des règles qui ne sont pas nécessaires pour la protection du foetus, de décider si ce dernier est inclus dans le terme «chacun» de l'art. 7, de manière à être titulaire du droit «à la vie, à la liberté et la sécurité de sa personne» au sens de la *Charte*.

#### VI — Les autres moyens d'appel

L'avocat des appelants a soulevé plusieurs autres moyens d'appel devant nous. Le seul autre argument relatif à la *Charte*, à part celui concernant l'art. 7, que l'on doit examiner est celui qui a trait à l'invalidité de l'al. 605(1)a) du *Code criminel*. Si le ministère public n'avait aucun droit d'appel, les appelants auraient nécessairement gain de cause pour ce seul motif et nous serions tenus de casser la décision de la Cour d'appel. Quoique je ne sois pas obligé de répondre aux autres arguments pour trancher ce pourvoi vu mes réponses à la première et à la deuxième questions constitutionnelles, je crois qu'il est justifié de résoudre les questions qui ne mettent pas la *Charte* en cause.

#### Le paragraphe 91(27) de la Loi constitutionnelle de 1867

Comme le juge McIntyre et la Cour d'appel, je suis d'avis que l'allégation que l'art. 251 excède les pouvoirs du Parlement n'est pas fondée. Dans l'arrêt *Morgentaler* (1975), précité, cette Cour a décidé à l'unanimité que l'art. 251 n'était pas un texte législatif provincial déguisé relatif à la santé, mais qu'il constituait un exercice valide du pouvoir du Parlement en matière de droit criminel conformément au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je suis d'accord. De fait, comme je

the life or health of the pregnant woman. While this ancillary objective explains, in part, certain of the requirements of the exculpatory provision in s. 251(4), it does not represent the principal objective of s. 251 as a whole, which is to protect the state interest in the foetus. Parliament established the indictable offence of procuring a miscarriage, defined in s. 251(1) and s. 251(2), pursuant to this primary objective. I consider this a valid exercise of the criminal law power.

#### Section 96 of the *Constitution Act, 1867*

I agree with McIntyre J. that s. 251 does not give judicial powers to therapeutic abortion committees which were exercised by county, district and superior courts at the time of Confederation. As I have observed, in s. 251(4) Parliament has only given the committee the authority to make a medical determination regarding the pregnant woman's life or health. The panel of doctors exercises medical judgment on a medical question and performs no s. 96 judicial function. There is no merit in this argument.

#### Unlawful Delegation and Abdication of the Criminal Law Power

For the reasons given by McIntyre J., I agree that s. 251 does not constitute an unlawful delegation of federal legislative power nor does it represent an abdication of the criminal law power by Parliament.

#### Section 605(1)(a) of the *Criminal Code*

For the reasons given by McIntyre J., I agree that there is no merit in this argument.

#### Section 610(3) of the *Criminal Code*

Counsel for the appellants argued that s. 610(3) of the *Criminal Code*, which prohibits the awarding of costs in appeals involving indictable offences, violates ss. 7, 11(d), (f), (h) and 15 of the *Charter*. He also argued that this Court had the power to award costs on appeals under s. 24(1) of the *Charter*. It is unnecessary to decide whether or

l'ai décidé, on ne peut pas considérer l'art. 251 comme étant simplement un mécanisme visant la protection de la vie ou de la santé d'une femme enceinte. Quoique l'objectif secondaire explique en partie certaines des exigences de la disposition disculpatoire du par. 251(4), ce n'est pas l'objectif principal de l'art. 251 pris dans son ensemble, qui vise à protéger l'intérêt qu'a l'État dans le fœtus. Le Parlement a créé l'infraction criminelle de procurer un avortement comme le définissent les par. 251(1) et (2), conformément à cet objectif premier. Je considère qu'il s'agit d'un exercice valide du pouvoir en matière de droit criminel.

#### L'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*

Comme le juge McIntyre, je suis d'avis que l'art. 251 ne donne pas aux comités de l'avortement thérapeutique les pouvoirs judiciaires que les cours de comté, de district et supérieures exerçaient au moment de la Confédération. Comme je l'ai souligné, à l'art. 251(4), le Parlement a seulement donné au comité le pouvoir de prendre une décision médicale relativement à la vie ou à la santé de la femme enceinte. Les médecins portent un jugement médical sur une question médicale et n'exercent aucune fonction judiciaire au sens de l'art. 96. Cet argument est mal fondé.

#### Délégation illégale du pouvoir en matière de droit criminel ou renonciation à ce pouvoir

Pour les motifs donnés par le juge McIntyre, je suis d'avis que l'art. 251 ne constitue pas une délégation illégale d'un pouvoir législatif fédéral et ne représente pas non plus une renonciation du Parlement au pouvoir en matière de droit criminel.

#### L'alinéa 605(1)a) du *Code criminel*

Pour les motifs exposés par le juge McIntyre, je suis d'avis que cet argument est mal fondé.

#### Le paragraphe 610(3) du *Code criminel*

L'avocat des appelants a soutenu que le par. 610(3) du *Code criminel*, qui interdit d'accorder des frais lors d'un appel relatif à un acte criminel, va à l'encontre de l'art. 7, des al. 11d), f), h) et de l'art. 15 de la *Charte*. Il a aussi allégué que cette Cour dispose du pouvoir d'accorder, lors d'un pourvoi, des frais en vertu du par. 24(1) de la

not s. 610(3) of the *Criminal Code* violates a *Charter* right. I agree with the Court of Appeal that, whatever this Court's power to award costs in appeals such as this one, costs should not be awarded in this case.

\* \* \*

With regard to defence counsel's address to the jury at trial, I associate myself completely with the comments made by the Chief Justice. In his address, Mr. Manning wrongly chose not to respect the very distinct roles the trial judge and the jury play in our system of criminal justice. In *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802, at p. 836, McIntyre J., in a different context, stated:

No authority need be cited for the proposition that in a jury trial all questions of law are for the judge alone and, of equal importance, all questions of fact are for the jury alone. The distinction is of fundamental importance. It should be preserved so long as it is considered right to continue the use of the jury in criminal law.

The defence submission was, as the Court of Appeal stated, "a direct attack on the role and authority of the trial judge and a serious misstatement to the jury as to its duty and right in carrying out its oath" (*supra*, at p. 434). I am of the view that these strongly-stated observations are required for the benefit of counsel who in other proceedings may be tempted to follow this unacceptable practice.

### Conclusion

The constitutional questions should be answered as follows:

#### 1. Question:

Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(a), 7, 12, 15, 27 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

*Charte*. Il n'est pas nécessaire de déterminer si le par. 610(3) du *Code criminel* viole un droit conféré par la *Charte*. J'estime, tout comme la Cour d'appel, que quel que soit le pouvoir de cette Cour d'accorder des dépens dans des pourvois comme celui-ci, aucuns dépens ne devraient être accordés en l'espèce.

\* \* \*

b

Pour ce qui est de la plaidoirie que l'avocat de la défense a adressée au jury en première instance, je partage totalement l'avis du Juge en chef. Dans sa plaidoirie, M<sup>e</sup> Manning a choisi à tort de ne pas respecter les rôles très distincts que jouent le juge du procès et le jury dans notre système de justice criminelle. Dans l'arrêt *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802, à la p. 836, le juge McIntyre a dit, dans un autre contexte:

Aucun précédent n'a à être cité pour justifier la proposition selon laquelle, dans un procès par jury, toutes les questions de droit relèvent exclusivement du juge et que, ce qui est tout aussi important, toutes les questions de fait relèvent exclusivement du jury. Cette distinction est d'une importance fondamentale. Elle doit être maintenue tant qu'on jugera bon de continuer d'avoir recours au jury en droit criminel.

La plaidoirie de la défense était, comme l'a dit la Cour d'appel, [TRADUCTION] «une attaque directe du rôle et du pouvoir du juge du procès et une déclaration sérieusement erronée quant aux obligations et aux droits du juré dans l'exécution de son engagement sous serment» (précité, à la p. 434). J'estime que ces observations fermes sont nécessaires pour la gouverne des avocats qui, dans d'autres affaires, peuvent être tentés de suivre cette pratique inacceptable.

### Conclusion

Les questions constitutionnelles doivent recevoir les réponses suivantes:

#### 1. Question:

L'article 251 du *Code criminel* du Canada porte-t-il atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'al. 2a) et les art. 7, 12, 15, 27 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

1988 Oatelli 50 (2CC)

Answer:

The first constitutional question is answered in the affirmative in respect of the right of a pregnant woman to "security of the person" in s. 7 of the *Charter*.

2. Question:

If section 251 of the *Criminal Code* of Canada infringes or denies the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(a), 7, 12, 15, 27 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is s. 251 justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer:

In respect of the violation of the right of a pregnant woman to "security of the person" in s. 7 caused by s. 251 of the *Criminal Code*, s. 251 is not justified by s. 1 of the *Charter*.

3. Question:

Is section 251 of the *Criminal Code* of Canada *ultra vires* the Parliament of Canada?

Answer:

No, in the sense that s. 251 is within the proper jurisdiction of Parliament on the basis of s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*.

4. Question:

Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada violate s. 96 of the *Constitution Act, 1867*?

Answer:

No.

5. Question:

Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada unlawfully delegate federal criminal power to provincial Ministers of Health or Therapeutic Abortion Committees, and in doing so, has the Federal Government abdicated its authority in this area?

Answer:

No.

Réponse:

La première question constitutionnelle doit recevoir une réponse affirmative en ce qui concerne le droit d'une femme enceinte à la «sécurité de sa personne» prévu par l'art. 7 de la *Charte*.

2. Question:

Si l'article 251 du *Code criminel* du Canada porte atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'al. 2a) et les art. 7, 12, 15, 27 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse:

En ce qui concerne la violation du droit d'une femme enceinte à la «sécurité de sa personne» prévu à l'art. 7 que cause l'art. 251 du *Code criminel*, l'art. 251 n'est pas justifié par l'article premier de la *Charte*.

3. Question:

L'article 251 du *Code criminel* du Canada excède-t-il les pouvoirs du Parlement du Canada?

Réponse:

Non, en ce que l'art. 251 est un exercice valide du pouvoir du Parlement en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

4. Question:

L'article 251 du *Code criminel* du Canada viole-t-il l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse:

Non.

5. Question:

L'article 251 du *Code criminel* du Canada délègue-t-il illégalement la compétence fédérale en matière criminelle aux ministres de la Santé provinciaux ou aux comités de l'avortement thérapeutique et, ce faisant, le gouvernement fédéral a-t-il abdiqué son autorité dans ce domaine?

Réponse:

Non.

6. Question:

Do sections 605 and 610(3) of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 11(d), 11(f), 11(h) and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer:

With respect to s. 605, the answer is no. Whether or not s. 610(3) of the *Criminal Code* violates a *Charter* right, I agree with the Court of Appeal that, whatever this Court's power to award costs in appeals such as this one, costs should not be awarded in this case.

7. Question:

If sections 605 and 610(3) of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 11(d), 11(f), 11(h) and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are ss. 605 and 610(3) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer:

Given the answer to question 6, this question does not call for an answer.

On the basis of my answers to the first two constitutional questions, I would allow the appeal.

The reasons of McIntyre and La Forest JJ. were delivered by

MCINTYRE J. (dissenting)—I have read the reasons for judgment prepared by my colleagues, the Chief Justice and Justices Beetz and Wilson. I agree that the principal issue which arises is whether s. 251 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, contravenes s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I will make some comments later on other issues put forward by the appellants. The Chief Justice has set out the constitutional questions and the relevant statutory provisions, as well as the facts and procedural history. He has considered the scope of s. 7 of the *Charter* and, having found that it has been offended, he would allow the appeal. I am unable to

6. Question:

L'article 605 et le par. 610(3) du *Code criminel* du Canada portent-ils atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'art. 7, les al. 11d), 11f), 11h) et le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse:

En ce qui concerne l'art. 605, la réponse est non. Indépendamment de savoir si le par. 610(3) du *Code criminel* viole un droit conféré par la *Charte*, j'estime, tout comme la Cour d'appel que quel que soit le pouvoir de cette Cour d'accorder des dépens dans des pourvois comme celui-ci, aucuns dépens ne devrait être accordé en l'espèce.

7. Question:

Si l'article 605 et le par. 610(3) du *Code criminel* du Canada portent atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'art. 7, les al. 11d), 11f), 11h) et le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse:

Vu la réponse à la question 6, aucune réponse n'a à être donnée à cette question-ci.

Compte tenu de mes réponses aux deux premières questions constitutionnelles, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

Version française des motifs des juges McIntyre et La Forest rendus par

LE JUGE MCINTYRE (dissident)—J'ai lu les motifs de jugement rédigés par mes collègues le Juge en chef et les juges Beetz et Wilson. Je suis d'accord pour dire que la question principale qui se pose est de savoir si l'art. 251 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, viole l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pour ce qui est de certaines autres questions soulevées par les appelants, j'y viendrai plus loin. Le Juge en chef a énoncé les questions constitutionnelles ainsi que les dispositions législatives pertinentes et il a présenté un exposé des faits et des procédures. Il a examiné la portée de l'art. 7 de la *Charte* et, après avoir conclu qu'il avait été enfreint, il s'est dit d'avis

agree with his reasons or his disposition of the appeal. I find myself in broad general agreement with the reasons of the Court of Appeal, and I would dismiss the appeal on that basis and for reasons that I will endeavour to set forth.

### Section 251 of the *Criminal Code*

I would say at the outset that it may be thought that this case does not raise the *Charter* issues which were argued and which have been addressed in the reasons of my colleagues. The charge here is one of conspiracy to breach the provisions of s. 251 of the *Criminal Code*. There is no doubt, and it has never been questioned, that the appellants adopted a course which was clearly in defiance of the provisions of the *Code* and it is difficult to see where any infringement of their rights, under s. 7 of the *Charter*, could have occurred. There is no female person involved in the case who has been denied a therapeutic abortion and, as a result, the whole argument on the right to security of the person, under s. 7 of the *Charter*, has been on a hypothetical basis. The case, however, was addressed by all the parties on that basis and the Court has accepted that position.

Section 251(1) and (2) of the *Criminal Code* make it an indictable offence for a person to use any means to procure the miscarriage of a female person and prescribe on conviction a maximum sentence of two years' imprisonment, in the case of the woman herself, and a maximum sentence of life imprisonment in the case of another person. Parliament has decreed that procuring a non-therapeutic abortion is a crime deserving of severe punishment. Subsection (4) provides that subs. (1) and (2) shall not apply where an abortion is performed in accordance with paras. (a), (b), (c) and (d) of subs. (4). These paragraphs provide that a qualified medical practitioner may perform an abortion, and a pregnant woman may permit an abortion, in an accredited or an approved hospital where the therapeutic abortion committee for the hospital (defined in subs. (6)) has given its certificate in writing, stating that in its opinion the continuation of the woman's pregnancy would or

d'accueillir le pourvoi. Pour ma part, je ne puis accepter ni ses motifs ni sa façon de trancher le pourvoi. Je souscris d'une manière générale aux motifs de la Cour d'appel et, pour cette raison et pour d'autres que j'essayerai d'exposer, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

### L'article 251 du *Code criminel*

Je dirais au départ qu'on pourrait penser que le présent pourvoi ne soulève pas les questions liées à la *Charte* sur lesquelles ont porté les débats et que mes collègues ont traitées dans leurs motifs de jugement. Il s'agit, en l'espèce, d'une accusation de complot en vue d'enfreindre les dispositions de l'art. 251 du *Code criminel*. Il ne fait pas de doute et on n'a jamais nié que les appelants ont adopté une ligne de conduite qui allait nettement à l'encontre des dispositions du *Code*, et on voit mal en quoi ils ont pu subir une atteinte aux droits dont ils jouissent en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. Il n'est nullement question ici d'une personne du sexe féminin qui s'est vu refuser l'avortement thérapeutique et, par conséquent, toute l'argumentation relative au droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7 de la *Charte* repose sur une hypothèse. C'est toutefois sur ce fondement que toutes les parties ont plaidé et la Cour a accepté cette façon de procéder.

Les paragraphes 251(1) et (2) du *Code criminel* disposent que quiconque emploie quelque moyen pour procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin se rend coupable d'un acte criminel et prescrivent sur déclaration de culpabilité une peine maximale de deux ans d'emprisonnement dans le cas de la femme elle-même et une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité dans le cas de toute autre personne. Le Parlement a décrété que pratiquer un avortement non thérapeutique constitue un crime qui mérite d'être puni sévèrement. Aux termes du par. (4), les par. (1) et (2) ne s'appliquent pas lorsqu'un avortement est pratiqué en conformité avec les al. (4)a), b), c) et d). Suivant ces alinéas, un médecin qualifié peut pratiquer un avortement, et une femme enceinte peut permettre qu'on la fasse avorter, dans un hôpital accrédité ou approuvé dont le comité de l'avortement thérapeutique (expression définie au par. (6)) a délivré un certificat attestant qu'à son avis la continuation de



would be likely to endanger her life or health. The certificate may be given to a qualified medical practitioner only after the committee, by a majority of its members and at a meeting where the woman's case has been reviewed, has authorized the giving of the certificate. Subsection (5) empowers the Minister of Health of a province to require a therapeutic abortion committee to furnish copies of certificates issued by the committee and such other information relating to the issuing of the certificate as he may require, and gives the Minister power to require similar information from a medical practitioner who has procured an abortion. Subsection (6) is the definitional section. It is clear from the foregoing that abortion is prohibited and that subs. (4) provides relieving provisions allowing an abortion in certain limited circumstances. It cannot be said that s. 251 of the *Criminal Code* confers any general right to have or to procure an abortion. On the contrary, the provision is aimed at protecting the interests of the unborn child and only lifts the criminal sanction where an abortion is necessary to protect the life or health of the mother.

In considering the constitutionality of s. 251 of the *Criminal Code*, it is first necessary to understand the background of this litigation and some of the problems which it raises. Section 251 of the *Code* has been denounced as ill-conceived and inadequate by those at one extreme of the abortion debate and as immoral and unacceptable by those at the opposite extreme. There are those, like the appellants, who assert that on moral and ethical grounds there is a simple solution to the problem: the inherent "right of women to control their own bodies" requires the repeal of s. 251 in favour of the principle of "abortion on demand". Opposing this view are those who contend with equal vigour, and also on moral and ethical grounds, for a clear and simple solution: the inherent "right to life of the unborn child" requires the repeal of s. 251(4), (5), (6) and (7) in order to leave an absolute ban on abortions. The battle lines so drawn are firmly held and the attitudes of the opposing parties

la grossesse de cette personne du sexe féminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière. Ce certificat ne peut être remis à un médecin qualifié qu'une fois que le comité, par décision de la majorité de ses membres et lors d'une réunion au cours de laquelle le cas de la femme a été examiné, a autorisé la délivrance du certificat. Le paragraphe (5) habilite le ministre de la Santé d'une province à requérir un comité de l'avortement thérapeutique de lui fournir des copies des certificats délivrés par le comité ainsi que les autres renseignements qu'il peut exiger relativement à la délivrance du certificat. Le même paragraphe investit ce ministre du pouvoir d'exiger que le médecin qui a pratiqué un avortement lui fournisse des renseignements similaires. Le paragraphe (6) est consacré à des définitions. Or, il ressort clairement de ce qui précède que l'avortement est interdit, mais que le par. (4) prévoit des exceptions en vertu desquelles l'avortement est permis dans certaines circonstances limitées. On ne saurait affirmer que l'art. 251 du *Code criminel* confère un droit général de subir ou de procurer un avortement. Au contraire, la disposition vise à protéger les intérêts de l'enfant qui n'est pas encore né et ne lève la sanction criminelle que si l'avortement s'impose pour protéger la vie ou la santé de la mère.

En examinant la question de la constitutionnalité de l'art. 251 du *Code criminel*, il est d'abord nécessaire de saisir le contexte dans lequel le présent litige a pris naissance ainsi que quelques-uns des problèmes qu'il pose. L'article 251 du *Code* a été taxé de mal conçu et d'insuffisant par certains dans le débat sur l'avortement, alors que d'autres, qui se situent à l'extrême opposé, l'ont qualifié d'immoral et d'inacceptable. D'aucuns, comme c'est le cas des appelants, prétendent en invoquant la morale et l'éthique qu'il y a une solution simple au problème: «le droit des femmes d'être maîtresse de leur propre corps» commande l'abrogation de l'art. 251 en faveur du principe de «l'avortement libre». S'opposent à cette thèse ceux qui affirment, tout aussi énergiquement et également pour des raisons d'ordre moral et d'éthique, que la solution est claire et simple: «le droit à la vie qu'a l'enfant qui n'est pas encore né» exige l'abrogation des par. 251(4), (5), (6) et (7) de sorte que l'avortement

admit of no compromise. From the submission of the Attorney General of Canada (set out in his factum at paragraph 6), however, it may appear that a majority in Canada do not see the issue in such black and white terms. Paragraph 6 is in these words:

The evidence of opinion surveys indicates that there is a surprising consistency over the years and in different survey groups in the spectrum of opinions on the issue of abortion. Roughly 21 to 23% of people at one end of the spectrum are of the view, on the one hand, that abortion is a matter solely for the decision of the pregnant woman and that any legislation on this subject is an unwarranted interference with a woman's right to deal with her own body, while about 19 to 20% are of the view, on the other hand, that destruction of the living fetus is the killing of human life and tantamount to murder. The remainder of the population (about 60%) are of the view that abortion should be prohibited in some circumstances.

Parliament has heeded neither extreme. Instead, an attempt has been made to balance the competing interests of the unborn child and the pregnant woman. Where the provisions of s. 251(4) are met, the abortion may be performed without legal sanction. Where they are not, abortion is deemed to be socially undesirable and is punished as a crime. In *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616 [hereinafter *Morgentaler (1975)*], Laskin C.J. said (in dissent, but not on this point), at p. 627:

What is patent on the face of the prohibitory portion of s. 251 is that Parliament has in its judgment decreed that interference by another, or even by the pregnant woman herself, with the ordinary course of conception is socially undesirable conduct subject to punishment. That was a judgment open to Parliament in the exercise of its plenary criminal law power, and the fact that there may be safe ways of terminating a pregnancy or that any woman or women claim a personal privilege to that end, becomes immaterial. I need cite no authority for the proposition that Parliament may determine what is not criminal as well as what is, and may hence introduce dispensations or exemptions in its criminal legislation.

soit frappé d'une interdiction totale. De chaque côté, on maintient fermement sa position et on n'admet aucun compromis. Cependant, l'argument avancé par le procureur général du Canada (au paragraphe 6 de son mémoire) peut porter à croire que la majorité des Canadiens ne considèrent pas que la question est aussi claire et nette. Le paragraphe 6 est ainsi conçu:

[TRADUCTION] Les sondages d'opinion révèlent qu'il y a eu au cours des années et pour les différents groupes cibles une constance surprenante dans la gamme des opinions exprimées sur la question de l'avortement. D'une part, environ 21 % à 23 % des gens estiment qu'il appartient uniquement à la femme enceinte de décider si elle se fera avorter et que toute loi dans ce domaine représente une atteinte injustifiée au droit de la femme de disposer, comme elle l'entend, de son propre corps, alors que, d'autre part, à peu près 19 % à 20 % jugent que détruire un fœtus vivant c'est enlever la vie à un être humain et ainsi commettre un meurtre. Le reste de la population (environ 60 %) est d'avis que l'avortement devrait être interdit dans certaines circonstances.

Le législateur n'a retenu ni l'un ni l'autre de ces points de vue extrêmes. Il a plutôt tenté d'équilibrer les intérêts de l'enfant qui n'est pas encore né et ceux opposés de la femme enceinte. Du moment que sont respectées les dispositions du par. 251(4), l'avortement peut être accompli sans que cela n'entraîne de sanction légale. Dans l'hypothèse contraire, l'avortement est considéré comme un acte socialement répréhensible, réprimé comme un crime. Dans l'arrêt *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, [ci-après l'arrêt *Morgentaler (1975)*] le juge en chef Laskin (dissident, mais non sur ce point) affirme, à la p. 627:

Ce qui est évident à la lecture de la partie de l'art. 251 qui porte interdiction, c'est que le Parlement, exerçant son jugement, a décrété que l'intervention d'une autre personne, voire de la mère elle-même, dans le cours ordinaire de la conception constitue une conduite socialement indésirable et passible de sanctions. C'est là un jugement que le Parlement pouvait porter dans l'exercice de son pouvoir législatif plénier en matière criminelle, et le fait qu'il puisse exister des moyens sûrs d'interrompre une grossesse ou qu'une ou plusieurs femmes prétendent à un droit individuel de poser ce geste, n'est aucunement pertinent. Je n'ai pas besoin de citer de précédents pour affirmer que le Parlement peut déterminer ce qui n'est pas criminel aussi bien que ce qui l'est, et qu'il peut par conséquent introduire dans ses lois pénales des dispenses ou des immunités.

Parliament's view that abortion is, in its nature, "socially undesirable conduct" is not new. Parliament's policy, as expressed by s. 251 of the *Code*, is consistent with that which has governed Canadian criminal law since Confederation and before: see Dickson J. (as he then was) in *Morgentaler (1975)*, *supra*, at p. 672, and the reasons of the Ontario Court of Appeal in this case: (1985), 52 O.R. (2d) 353, at pp. 364-66. It is against this background that I turn to the question of judicial review in light of the *Charter*.

#### Scope of Judicial Review under the *Charter*

Before the adoption of the *Charter*, there was little question of the limits of judicial review of the criminal law. For all practical purposes it was limited to a determination of whether the impugned enactment dealt with a subject which could fall within the criminal law power in s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. There was no doubt of the power of Parliament to say what was and what was not criminal and to prohibit criminal conduct with penal sanctions, although from 1960 onwards legislation was subject to review under the *Canadian Bill of Rights*: see *Morgentaler (1975)*, *supra*. The adoption of the *Charter* brought a significant change. The power of judicial review of legislation acquired greater scope but, in my view, that scope is not unlimited and should be carefully confined to that which is ordained by the *Charter*. I am well aware that there will be disagreement about what was ordained by the *Charter* and, of course, a measure of interpretation of the *Charter* will be required in order to give substance and reality to its provisions. But the courts must not, in the guise of interpretation, postulate rights and freedoms which do not have a firm and a reasonably identifiable base in the *Charter*. In his reasons, the Chief Justice refers to the problem. He says, at pp. 45-46:

During argument before this Court, counsel for the Crown emphasized repeatedly that it is not the role of the judiciary in Canada to evaluate the wisdom of

L'opinion du législateur portant que l'avortement constitue, de par sa nature même, une «conduite socialement indésirable» ou répréhensible n'a rien de nouveau. La politique du législateur, énoncée à l'art. 251 du *Code*, concorde avec celle qui a régi le droit criminel canadien depuis la Confédération et même avant: voir les motifs du juge Dickson (alors juge puîné) dans l'arrêt *Morgentaler (1975)*, précité, à la p. 672, ainsi que ceux de la Cour d'appel de l'Ontario dans la présente affaire, (1985), 52 O.R. (2d) 353, aux pp. 364 à 366. C'est dans ce contexte que j'aborde la question du contrôle judiciaire en fonction de la *Charte*.

#### Portée du contrôle judiciaire fondé sur la *Charte*

Avant l'adoption de la *Charte*, il n'était guère question des limites du contrôle judiciaire du droit criminel. À toutes fins pratiques, ce contrôle consistait uniquement à déterminer si le texte attaqué portait sur un sujet pouvant relever de la compétence en matière de droit criminel que conférait le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Personne ne doutait que le Parlement était autorisé à décider ce qui constituait et ce qui ne constituait pas une conduite criminelle et à réprimer cette conduite au moyen de sanctions pénales, quoique, à partir de 1960, toute loi pouvait faire l'objet d'un contrôle en vertu de la *Déclaration canadienne des droits*: voir l'arrêt *Morgentaler (1975)*, précité. Or, un changement important a résulté de l'adoption de la *Charte*. Le pouvoir d'exercer un contrôle judiciaire sur des mesures législatives a pris de l'envergure mais, à mon avis, sa portée n'en demeure pas moins restreinte et elle devrait soigneusement être limitée à celle prescrite par la *Charte*. Je sais très bien qu'on ne s'entendra pas sur ce que prescrit la *Charte* et il va sans dire qu'il faudra une certaine mesure d'interprétation pour conférer substance et réalité à ses dispositions. Les tribunaux ne doivent pas cependant, sous prétexte d'interpréter, supposer l'existence de droits et de libertés qui ne reposent pas de manière solide et raisonnablement identifiable sur la *Charte*. Le Juge en chef évoque ce problème dans ses motifs de jugement, où il dit, aux pp. 45 et 46:

Au cours des plaidoiries devant nous, le substitut du procureur général a rappelé à plusieurs reprises que le pouvoir judiciaire au Canada n'a pas comme rôle d'éva-

legislation enacted by our democratically elected representatives, or to second-guess difficult policy choices that confront all governments. In *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616, at p. 671, (hereinafter "*Morgentaler (1975)*") I stressed that the Court had "not been called upon to decide, or even to enter, the loud and continuous public debate on abortion." Eleven years later, the controversy persists, and it remains true that this Court cannot presume to resolve all of the competing claims advanced in vigorous and healthy public debate. Courts and legislators in other democratic societies have reached completely contradictory decisions when asked to weigh the competing values relevant to the abortion question. See, e.g., *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Paton v. United Kingdom* (1980), 3 E.H.R.R. (European Court of Human Rights); *The Abortion Decision of the Federal Constitutional Court — First Senate — of the Federal Republic of Germany*, February 25, 1975, translated and reprinted in (1976), 9 John Marshall J. Prac. and Proc. 605; and the *Abortion Act, 1967*, 1967, c. 87 (U.K.)

But since 1975, and the first *Morgentaler* decision, the Court has been given added responsibilities. I stated in *Morgentaler (1975)*, at p. 671, that:

The values we must accept for the purposes of this appeal are those expressed by Parliament which holds the view that the desire of a woman to be relieved of her pregnancy is not, of itself, justification for performing an abortion.

Although no doubt it is still fair to say that courts are not the appropriate forum for articulating complex and controversial programmes of public policy, Canadian courts are now charged with the crucial obligation of ensuring that the legislative initiatives pursued by our Parliament and legislatures conform to the democratic values expressed in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* . . . . It is in this latter sense that the current *Morgentaler* appeal differs from the one we heard a decade ago.

While I differ with the Chief Justice in the disposition of this appeal, I would accept his words, referred to above, which describe the role of the Court, but I would suggest that in "ensuring that the legislative initiatives pursued by our Parliament and legislatures conform to the democratic values expressed in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*" the courts must confine

luer la sagesse des lois édictées par nos députés élus démocratiquement, ni de réinterpréter les choix difficiles de politique auxquels tous les gouvernements sont confrontés. Dans l'arrêt *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, à la p. 671, (ci-après l'arrêt "*Morgentaler (1975)*") j'ai souligné que la Cour « n'est pas appelée à trancher, ni même à aborder, le débat public animé et constant sur l'avortement ». Onze ans plus tard, la controverse fait toujours rage et il est tout aussi vrai que la Cour ne saurait prétendre concilier toutes les allégations contradictoires avancées dans le vigoureux et sain débat public ainsi suscitée. Tant les tribunaux que les législateurs, dans d'autres sociétés démocratiques, sont arrivés à des décisions entièrement contradictoires lorsqu'il leur a été demandé de soupeser les valeurs que la question de l'avortement oppose. Voir, p. ex., l'arrêt *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); l'arrêt *Paton c. Royaume-Uni* (1980), 3 E.H.R.R. (Cour européenne des droits de l'homme); *The Abortion Decision of the Federal Constitutional Court — First Senate — of the Federal Republic of Germany*, 25 février 1975, traduit en anglais et réédité dans (1976), 9 John Marshall J. Prac. and Proc. 605; et l'*Abortion Act, 1967*, 1967, chap. 87 (R.-U.)

Mais depuis 1975, et le premier arrêt *Morgentaler*, la Cour s'est vue confier des responsabilités additionnelles. Je disais dans l'arrêt *Morgentaler (1975)*, à la p. 671:

Les valeurs que nous devons accepter aux fins du pourvoi sont celles qu'a proclamées le Parlement, qui s'en tient à l'opinion que le désir d'une femme d'être soulagée de sa grossesse ne justifie pas en soi l'avortement.

Quoiqu'on puisse toujours sans aucun doute affirmer que les tribunaux ne sont pas le lieu où doivent s'élaborer les politiques générales complexes et controversées, les tribunaux canadiens se voient néanmoins confier aujourd'hui l'obligation cruciale de veiller à ce que les initiatives législatives de notre Parlement et de nos législatures se conforment aux valeurs démocratiques qu'exprime la *Charte canadienne des droits et libertés* [. . .] C'est en ce dernier sens que le présent pourvoi diffère de celui dont nous étions saisis voici une décennie.

Bien que je ne partage pas l'avis du Juge en chef quant à la façon de trancher le pourvoi, je souscris à ce qu'il affirme, dans le passage qui vient d'être cité, concernant le rôle de cette Cour. Je prétends cependant qu'en veillant à ce que les initiatives législatives de notre Parlement et de nos législatures se conforment aux valeurs démocratiques qu'exprime la *Charte canadienne des droits et*

themselves to such democratic values as are clearly found and expressed in the *Charter* and refrain from imposing or creating other values not so based.

It follows, then, in my view, that the task of the Court in this case is not to solve nor seek to solve what might be called the abortion issue, but simply to measure the content of s. 251 against the *Charter*. While this may appear to be self-evident, the distinction is of vital importance. If a particular interpretation enjoys no support, express or reasonably implied, from the *Charter*, then the Court is without power to clothe such an interpretation with constitutional status. It is not for the Court to substitute its own views on the merits of a given question for those of Parliament. The Court must consider not what is, in its view, the best solution to the problems posed; its role is confined to deciding whether the solution enacted by Parliament offends the *Charter*. If it does, the provision must be struck down or declared inoperative, and Parliament may then enact such different provisions as it may decide. I adopt the words of Holmes J., which were referred to in *Ferguson v. Skrupka*, 372 U.S. 726 (1963), at pp. 729-30:

There was a time when the Due Process Clause was used by this Court to strike down laws which were thought unreasonable, that is, unwise or incompatible with some particular economic or social philosophy. In this manner the Due Process Clause was used, for example, to nullify laws prescribing maximum hours for work in bakeries, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), outlawing "yellow dog" contracts, *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915), setting minimum wages for women, *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923), and fixing the weight of loaves of bread, *Jay Burns Baking Co. v. Bryan*, 264 U.S. 504 (1924). This intrusion by the judiciary into the realm of legislative value judgments was strongly objected to at the time, particularly by Mr. Justice Holmes and Mr. Justice Brandeis. Dissenting from the Court's invalidating a state statute which regulated the resale price of theatre and other tickets, Mr. Justice Holmes said:

*libertés*», les tribunaux doivent s'en tenir aux valeurs démocratiques qui sont clairement énoncées dans la *Charte* et s'abstenir d'imposer ou de créer d'autres valeurs qui ne s'y trouvent pas.

a

Il s'ensuit donc, selon moi, que notre tâche en l'espèce consiste non pas à résoudre ni à tenter de résoudre ce qu'on pourrait appeler la question de l'avortement, mais simplement à examiner le contenu de l'art. 251 en fonction de la *Charte*. Quoique cela puisse paraître évident en soi, la distinction revêt une importance capitale. Si une interprétation particulière n'est pas appuyée, expressément ou implicitement, par la *Charte*, la Cour est alors impuissante à prêter à cette interprétation un caractère constitutionnel. Il n'appartient nullement à la Cour de substituer ses propres opinions à celles du législateur concernant le bien-fondé d'une question donnée. La Cour ne doit pas considérer ce qu'elle estime être la meilleure solution aux problèmes posés; son rôle se limite à décider si la solution adoptée par le législateur va à l'encontre de la *Charte*. Si c'est le cas, la disposition en question doit être déclarée invalide ou inopérante et il est alors loisible au législateur d'adopter toute disposition différente qu'il pourra juger à propos. Je fais miens les propos du juge Holmes, mentionnés dans l'arrêt *Ferguson v. Skrupka*, 372 U.S. 726 (1963), aux pp. 729 et 730:

[TRADUCTION] Il fut un temps où cette Cour recourait à la clause de l'application régulière de la loi pour invalider des lois jugées déraisonnables, c'est-à-dire insensées ou incompatibles avec une certaine philosophie économique ou sociale. C'est ainsi qu'on s'est servi de cette clause notamment pour annuler des lois prescrivant le nombre maximal d'heures de travail dans les boulangeries, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), interdisant les contrats de «jaune», *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915), établissant un salaire minimum pour les femmes, *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923), et fixant le poids des pains, *Jay Burns Baking Co. v. Bryan*, 264 U.S. 504 (1924). Cette incursion par les tribunaux dans le domaine des jugements de valeur du législateur a suscité à l'époque une opposition vigoureuse, notamment de la part des juges Holmes et Brandeis. Bien que la Cour ait déclaré invalide une loi d'un État réglementant le prix de revente des billets de théâtre et d'autres billets, le juge Holmes, dissident, a dit:

"I think the proper course is to recognize that a state legislature can do whatever it sees fit to do unless it is restrained by some express prohibition in the Constitution of the United States or of the State, and that Courts should be careful not to extend such prohibitions beyond their obvious meaning by reading into them conceptions of public policy that the particular Court may happen to entertain".

And in an earlier case he had emphasized that, "The criterion of constitutionality is not whether we believe the law to be for the public good."

The doctrine that prevailed in *Lochner*, *Coppage*, *Adkins*, *Burns*, and like cases — that due process authorizes courts to hold laws unconstitutional when they believe the legislature has acted unwisely — has long since been discarded. We have returned to the original constitutional proposition that courts do not substitute their social and economic beliefs for the judgment of legislative bodies, who are elected to pass laws.

Holmes J. wrote in 1927, but his words have retained their force in American jurisprudence: see *New Orleans v. Dukes*, 427 U.S. 297 (1976), at p. 304, *Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co.*, 449 U.S. 456 (1981), at p. 469, and *Hoffman Estates v. The Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982), at pp. 504-5. In my view, although written in the American context, the principle stated is equally applicable in Canada.

It is essential that this principle be maintained in a constitutional democracy. The Court must not resolve an issue such as that of abortion on the basis of how many judges may favour "pro-choice" or "pro-life". To do so would be contrary to sound principle and the rule of law affirmed in the preamble to the *Charter* which must mean that no discretion, including a judicial discretion, can be unlimited. But there is a problem, for the Court must clothe the general expression of rights and freedoms contained in the *Charter* with real substance and vitality. How can the courts go about this task without imposing at least some of their views and predilections upon the law? This question has been the subject of much discussion and comment. Many theories have been postulated but

«Je crois qu'il convient de reconnaître que la législature d'un État peut faire tout ce qu'elle juge à propos, à moins qu'une disposition expresse de la Constitution des États-Unis ou de l'État en question ne l'en empêche. J'estime aussi que les tribunaux devraient prendre soin de ne pas donner à ces interdictions une portée qui aille au-delà de leur sens manifeste en y appliquant leurs propres conceptions de l'intérêt public.»

Dans un arrêt antérieur, il avait souligné que «Le critère de la constitutionnalité ne consiste pas à nous demander si nous estimons que la loi en question est pour le bien public».

Voilà maintenant longtemps que n'a plus cours le principe retenu dans les décisions *Lochner*, *Coppage*, *Adkins*, *Burns*, etc., savoir qu'en vertu de l'application régulière de la loi, les tribunaux peuvent déclarer des lois inconstitutionnelles lorsqu'ils estiment que le législateur a agi de façon insensée. On est en effet revenu à la vieille proposition constitutionnelle portant que les tribunaux ne doivent pas substituer leurs convictions en matière sociale et économique au jugement des corps législatifs dont les membres sont élus pour légiférer.

Les propos du juge Holmes datent de 1927, mais ils n'ont pas perdu de leur force dans la jurisprudence américaine: voir *New Orleans v. Dukes*, 427 U.S. 297 (1976), à la p. 304; *Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co.*, 449 U.S. 456 (1981), à la p. 469; et *Hoffman Estates v. The Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982), aux pp. 504 et 505. À mon avis, bien qu'il ait été établi dans le contexte américain, ce principe est tout aussi applicable au Canada.

Il est essentiel de maintenir ce principe dans une démocratie constitutionnelle. Il ne faut pas que la décision de la Cour sur une question comme celle de l'avortement soit fonction du nombre de juges qui peuvent faire partie du camp «prochoix» ou «provie», car cela irait à l'encontre de principes solides et de la primauté du droit dont parle le préambule de la *Charte*, ce qui doit donc signifier qu'aucun pouvoir discrétionnaire, pas même celui des tribunaux, n'est absolu. Il existe toutefois un problème en ce sens que la Cour doit conférer à l'énoncé général des droits et libertés que contient la *Charte* une substance et une vitalité véritables. Or, comment les tribunaux peuvent-ils s'acquitter de cette tâche sans assujettir la loi à au moins certaines de leurs opinions et préférences? C'est là

few have had direct reference to the problem in the Canadian context. In my view, this Court has offered guidance in this matter. In such cases as *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 155-56, and *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, it has enjoined what has been termed a "purposive approach" in applying the *Charter* and its provisions. I take this to mean that the Courts should interpret the *Charter* in a manner calculated to give effect to its provisions, not to the idiosyncratic view of the judge who is writing. This approach marks out the limits of appropriate *Charter* adjudication. It confines the content of *Charter* guaranteed rights and freedoms to the purposes given expression in the *Charter*. Consequently, while the courts must continue to give a fair, large and liberal construction to the *Charter* provisions, this approach prevents the Court from abandoning its traditional adjudicatory function in order to formulate its own conclusions on questions of public policy, a step which this Court has said on numerous occasions it must not take. That *Charter* interpretation is to be purposive necessarily implies the converse: it is not to be "non-purposive". A court is not entitled to define a right in a manner unrelated to the interest which the right in question was meant to protect. I endeavoured to formulate an approach to the problem in *Reference Re Public Service Employee Relations Act*, [1987] 1 S.C.R. 313, in these words, at p. 394:

It follows that while a liberal and not overly legalistic approach should be taken to constitutional interpretation, the *Charter* should not be regarded as an empty vessel to be filled with whatever meaning we might wish from time to time. The interpretation of the *Charter*, as of all constitutional documents, is constrained by the language, structure and history of the constitutional text, by constitutional tradition, and by the history, traditions, and underlying philosophies of our society.

une question qui a fait l'objet de beaucoup de discussion et de commentaires. Maintes théories ont été avancées, mais peu d'entre elles se rapportent directement au problème tel qu'il se pose dans le contexte canadien. Pour ma part, j'estime que la jurisprudence de cette Cour est instructive à cet égard. Dans des arrêts comme *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, aux pp. 155 et 156, et *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344, la Cour a recommandé que, dans l'application de la *Charte* et de ses dispositions, soit adoptée ce qu'on a appelé une «méthode qui tient compte de l'objet visé». J'interprète cela comme signifiant que les tribunaux devraient interpréter la *Charte* de manière à mettre à exécution ses dispositions plutôt que le point de vue personnel du juge qui écrit. Cette façon de procéder établit des bornes que les tribunaux ne devraient pas dépasser lorsqu'ils se prononcent sur la *Charte*. Elle circonscrit le contenu des droits et libertés garantis par la *Charte* aux objets qui y sont formulés. Par conséquent, bien que les tribunaux doivent continuer à donner aux dispositions de la *Charte* une interprétation juste, large et libérale, cette méthode empêche la Cour d'abandonner son rôle décisionnel traditionnel pour formuler ses propres conclusions sur des questions de politique générale, ce qu'à maintes reprises la Cour a dit qu'elle devait éviter de faire. Affirmer que l'interprétation de la *Charte* doit tenir compte de son objet implique nécessairement l'inverse: elle ne doit pas s'interpréter «d'une manière qui fait abstraction de l'objet visé». Une cour n'est pas habilitée à donner à un droit une définition n'ayant aucun rapport avec l'intérêt qu'est destiné à protéger le droit en question. Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act*, [1987] 1 R.C.S. 313, à la p. 394, j'ai tenté de formuler une façon d'aborder le problème:

Il s'ensuit que, bien qu'il faille adopter une attitude libérale et pas trop formaliste en matière d'interprétation constitutionnelle, la *Charte* ne saurait être considérée comme un simple contenant, à même de recevoir n'importe quelle interprétation qu'on pourrait vouloir lui donner. L'interprétation de la *Charte*, comme celle de tout document constitutionnel, est circonscrite par la formulation, la structure et l'historique du texte constitutionnel, par la tradition constitutionnelle et par l'histoire, les traditions et les philosophies inhérentes de notre société.

The approach, as I understand it, does not mean that judges may not make some policy choices when confronted with competing conceptions of the extent of rights or freedoms. Difficult choices must be made and the personal views of judges will unavoidably be engaged from time to time. The decisions made by judges, however, and the interpretations that they advance or accept must be plausibly inferable from something in the *Charter*. It is not for the courts to manufacture a constitutional right out of whole cloth. I conclude on this question by citing and adopting the following words, although spoken in dissent, from the judgment of Harlan J. in *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964), which, in my view, while stemming from the American experience, are equally applicable in a consideration of the Canadian position. Harlan J. commented, at pp. 624-25, on the:

... current mistaken view of the Constitution and the constitutional function of this Court. This view, in a nutshell, is that every major social ill in this country can find its cure in some constitutional "principle," and that this Court should "take the lead" in promoting reform when other branches of government fail to act. The Constitution is not a panacea for every blot upon the public welfare, nor should this Court, ordained as a judicial body, be thought of as a general haven for reform movements. The Constitution is an instrument of government, fundamental to which is the premise that in a diffusion of governmental authority lies the greatest promise that this Nation will realize liberty for all its citizens. This Court, limited in function in accordance with that premise, does not serve its high purpose when it exceeds its authority, even to satisfy justified impatience with the slow workings of the political process. For when, in the name of constitutional interpretation, the Court *adds* something to the Constitution that was deliberately excluded from it, the Court in reality substitutes its view of what should be so for the amending process.

#### The Right to Abortion and s. 7 of the *Charter*

The judgment of my colleague, Wilson J., is based upon the proposition that a pregnant woman

Si je comprends bien, cela ne veut pas dire que les juges ne peuvent pas faire certains choix de politique générale lorsqu'ils se trouvent devant des conceptions opposées de l'étendue de droits ou de libertés. Des choix difficiles doivent être faits et le point de vue personnel des juges jouera inévitablement à l'occasion. Toutefois, les décisions rendues par les juges ainsi que les interprétations qu'ils proposent ou qu'ils retiennent doivent découler plausiblement de la *Charte*. Il n'appartient nullement aux tribunaux de forger de toutes pièces un droit constitutionnel. Pour terminer mes observations sur cette question, je cite, en les adoptant, les propos suivants tirés des motifs du juge Harlan, dissident, dans l'affaire *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964), qui, selon moi, bien qu'ils découlent de l'expérience américaine, sont tout autant applicables dans une étude de la position canadienne. Le juge Harlan commente, aux pp. 624 et 625:

[TRADUCTION] ... l'idée erronée qu'on se fait actuellement de la Constitution et du rôle qu'elle attribue à cette Cour. Ce point de vue, en un mot, porte qu'on peut trouver dans quelque «principe» constitutionnel un remède à tous les maux sociaux importants qui affligent ce pays et que cette Cour doit «prendre l'initiative» de promouvoir la réforme lorsque les autres organes du gouvernement n'agissent pas. La Constitution n'est pas une panacée qui permet de remédier à toutes les atteintes au bien-être public et cette Cour, en tant que corps judiciaire, ne doit pas non plus être considérée comme un refuge pour tous les mouvements de réforme. La Constitution est un instrument de gouvernement; elle repose sur la prémisses fondamentale selon laquelle c'est la répartition du pouvoir gouvernemental qui offre à cette nation les meilleures possibilités d'assurer la liberté à tous ses citoyens. Cette Cour, dont les fonctions sont limitées en conformité avec cette prémisses, ne remplit pas sa noble mission lorsqu'elle excède sa compétence, fût-ce par suite d'une impatience justifiée face aux lenteurs du processus politique. Car lorsqu'au nom de l'interprétation constitutionnelle, la Cour *ajoute* à la Constitution quelque chose qui en a été délibérément exclu, elle se trouve en réalité à substituer au processus d'amendement sa propre conception de ce que devrait dire la Constitution.

#### Le droit à l'avortement et l'art. 7 de la *Charte*

Le jugement de ma collègue le juge Wilson est fondé sur la proposition selon laquelle la femme



has a right, under s. 7 of the *Charter*, to have an abortion. The same concept underlies the judgment of the Chief Justice. He reached the conclusion that a law which forces a woman to carry a foetus to term, unless certain criteria are met which are unrelated to her own priorities and aspirations, impairs the security of her person. That, in his view, is the effect of s. 251 of the *Criminal Code*. He has not said in specific terms that the pregnant woman has the right to an abortion, whether therapeutic or otherwise. In my view, however, his whole position depends for its validity upon that proposition and that interference with the right constitutes an infringement of her right to security of the person. It is said that a law which forces a woman to carry a foetus to term unless she meets certain criteria unrelated to her own priorities and aspirations interferes with security of her person. If compelling a woman to complete her pregnancy interferes with security of her person, it can only be because the concept of security of her person includes a right not to be compelled to carry the child to completion of her pregnancy. This, then, is simply to say that she has a right to have an abortion. It follows, then, that if no such right can be shown, it cannot be said that security of her person has been infringed by state action or otherwise.

All laws, it must be noted, have the potential for interference with individual priorities and aspirations. In fact, the very purpose of most legislation is to cause such interference. It is only when such legislation goes beyond interfering with priorities and aspirations, and abridges rights, that courts may intervene. If a law prohibited membership in a lawful association it would be unconstitutional, not because it would interfere with priorities and aspirations, but because of its interference with the guaranteed right of freedom of association under s. 2(d) of the *Charter*. Compliance with the *Income Tax Act* has, no doubt, frequently interfered with priorities and aspirations. The taxing provisions are not, however, on that basis unconstitutional, because the ordinary taxpayer enjoys no right to be tax free. Other illustrations may be found. In my view, it is clear that before it could be concluded that any enactment infringed the concept of security of the person, it would have to infringe

enceinte a droit à l'avortement en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. La même notion sous-tend le jugement du Juge en chef. Il en vient à la conclusion que la loi qui force une femme à mener à terme un foetus, à moins de satisfaire à certains critères qui n'ont rien à voir avec ses propres priorités et aspirations, porte atteinte à la sécurité de sa personne. Voilà, à son avis, l'effet de l'art. 251 du *Code criminel*. Il n'a pas affirmé expressément que la femme enceinte a droit à l'avortement thérapeutique ou autre. J'estime cependant que la validité de sa position dépend de cette proposition et que l'atteinte à ce droit constitue une atteinte au droit à la sécurité de sa personne. On dit que la loi qui force une femme à mener à terme un foetus, à moins de satisfaire à certains critères qui n'ont rien à voir avec ses propres priorités et aspirations, porte atteinte à la sécurité de sa personne. Si en obligeant une femme à mener à terme sa grossesse, on attente à la sécurité de sa personne, ce ne peut être que parce que le concept de la sécurité de la personne inclut le droit de ne pas être contrainte à mener à terme sa grossesse. Cela revient alors simplement à dire qu'elle a droit à l'avortement. Il s'ensuit donc que si on ne peut prouver l'existence d'un tel droit, on ne saurait dire que la sécurité de sa personne a été violée par l'action de l'État ou de quelque autre manière.

Toute loi, soulignons-le, peut éventuellement porter atteinte aux priorités et aux aspirations d'une personne. De fait, c'est précisément cela que visent la plupart des mesures législatives. Ce n'est que lorsque ces mesures ne constituent plus une simple entrave aux dites priorités et aspirations et qu'elles portent atteinte à des droits que les tribunaux peuvent intervenir. La loi qui interdirait de faire partie d'une association licite serait inconstitutionnelle, non parce qu'elle porterait atteinte à des priorités et à des aspirations, mais parce qu'elle léserait le droit à la liberté d'association garanti par l'al. 2d) de la *Charte*. Il ne fait aucun doute que le respect de la *Loi de l'impôt sur le revenu* a souvent porté atteinte aux priorités et aux aspirations de particuliers. Les dispositions fiscales n'en sont toutefois pas pour autant inconstitutionnelles, parce que le contribuable ordinaire ne jouit d'aucun droit à l'exemption d'impôts. On pourrait en donner d'autres exemples. À mon avis, il est

some underlying right included in or protected by the concept. For the appellants to succeed here, then, they must show more than an interference with priorities and aspirations; they must show the infringement of a right which is included in the concept of security of the person.

The proposition that women enjoy a constitutional right to have an abortion is devoid of support in the language of s. 7 of the *Charter* or any other section. While some human rights documents, such as the *American Convention on Human Rights, 1969* (Article 4(1)), expressly address the question of abortion, the *Charter* is entirely silent on the point. It may be of some significance that the *Charter* uses specific language in dealing with other topics, such as voting rights, religion, expression and such controversial matters as mobility rights, language rights and minority rights, but remains silent on the question of abortion which, at the time the *Charter* was under consideration, was as much a subject of public controversy as it is today. Furthermore, it would appear that the history of the constitutional text of the *Charter* affords no support for the appellants' proposition. A reference to the Minutes of the Special Joint Committee of Senate and House of Commons on the Constitution of Canada (Proceedings 32nd. Parl., Sess. 1 (1981), vol. 46, p. 43) reveals the following exchange:

**Mr. Crombie:** ... And I ask you then finally, what effect will the inclusion of the due process clause have on the question of marriage, procreation, or the parental care of children?

**Mr. Chrétien:** The point, Mr. Crombie, that it is important to understand the difference is that we pass legislation here on abortion, criminal code, and we pass legislation on capital punishment; parliament [*sic*] has the authority to do that, and the court at this moment, because we do not have the due process of law written there, cannot go and see whether we made the right decision or the wrong decision in Parliament.

évident qu'on ne saurait conclure qu'un texte législatif porte atteinte à la sécurité de la personne que dans la mesure où ce texte porte atteinte à quelque droit sous-jacent inclus dans cette notion ou protégé par celle-ci. Donc, pour que les appelants aient gain de cause en l'espèce, ils ne peuvent pas se contenter de démontrer l'existence d'une simple entrave à des priorités et à des aspirations; ils doivent prouver qu'il y a atteinte à un droit inclus dans la notion de la sécurité de la personne.

Ni l'article 7 de la *Charte* ni aucune autre disposition n'appuie la proposition selon laquelle les femmes jouissent d'un droit constitutionnel à l'avortement. Alors que certains textes sur les droits de la personne, comme l'*American Convention on Human Rights, 1969* (article 4(1)), abordent expressément la question de l'avortement, la *Charte* est tout à fait muette sur ce point. Par ailleurs, il n'est peut-être pas sans importance que la *Charte* traite explicitement d'autres sujets, comme le droit de vote, la liberté de religion, la liberté d'expression et d'autres questions controversées comme la liberté de circulation et d'établissement, les droits linguistiques et les droits des minorités, sans toutefois parler de la question de l'avortement qui, à l'époque de son élaboration, était tout aussi publiquement controversée qu'elle l'est aujourd'hui. Il semblerait en outre n'y avoir rien dans l'historique du texte constitutionnel de la *Charte* qui puisse étayer la proposition avancée par les appelants. Dans les procès-verbaux du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada (Procès-verbaux 32<sup>e</sup> Parl., sess. 1 (1981), vol. 46, p. 43), on trouve l'échange de propos suivant:

**M. Crombie:** Je vous demande donc, en terminant, quelles seront les répercussions de l'inclusion de cet article sur les voies de droit régulières sur le mariage, la procréation et le soin des enfants?

**M. Chrétien:** Monsieur Crombie, il est important de comprendre la différence entre l'adoption d'une loi sur l'avortement, le Code criminel et l'adoption d'une loi sur la peine capitale. Le Parlement est habilité à adopter ces lois et le tribunal, parce que nous n'avons pas de voies de droit régulières écrites, ne peut pas vérifier si le Parlement a pris une bonne décision.

If you write down the words, "due process of law" here, the advice I am receiving is the court could go behind our decision and say that their decision on abortion was not the right one, their decision on capital punishment was not the right one, and it is a danger, according to legal advice I am receiving, that it will very much limit the scope of the power of legislation by the Parliament and we do not want that; and it is why we do not want the words "due process of law". These are the two main examples that we should keep in mind.

You can keep speculating on all the things that have never been touched, but these are two very sensitive areas that we have to cope with as legislators and my view is that Parliament has decided a certain law on abortion and a certain law on capital punishment, and it should prevail and we do not want the courts to say that the judgment of Parliament was wrong in using the constitution.

This passage, of course, revolves around the second and not the first limb of s. 7, but it offers no support for the suggestion that it was intended to bring the question of abortion into the *Charter*.

It cannot be said that the history, traditions and underlying philosophies of our society would support the proposition that a right to abortion could be implied in the *Charter*. The history of the legal approach to this question, reflective of public policy, was conveniently canvassed in the Ontario Court of Appeal in this case in these terms, at pp. 364-66:

#### *History of the law of abortion*

The history of the law of abortion is of some importance. At common law procuring an abortion before quickening was not a criminal offence. Quickening occurred when the pregnant woman could feel the foetus move in her womb. It was a misdemeanour to procure an abortion after quickening: *Blackstone's Commentaries on the Laws of England*, Book 1, pp. 129-30. The law of criminal abortion was first codified in England in *Lord Ellenborough's Act*, 1803 (U.K.), c. 58. That Act made procuring an abortion of a quick foetus a capital offence and provided lesser penalties for abortion before quickening. After the *Offences Against the Person Act*, 1861 (U.K.), c. 100, s. 58, no differentiation in penalty was made in England on the basis of the stage of foetal development. The offence was a felony and the max-

Si nous couchons cela sur le papier, on me dit que le tribunal pourra désormais aller au-delà de la décision du Parlement et renverser une décision que ce dernier aurait prise sur l'avortement ou sur la peine capitale. On risque donc, selon les avis juridiques que j'ai reçus, de limiter le pouvoir législatif du Parlement, et ce n'est pas ce que nous souhaitons. C'est pourquoi nous ne voulons pas inclure cette expression «voies de droit régulières». Ce sont deux exemples qu'il faut garder à l'esprit.

On peut spéculer quant aux implications que cela aurait sur des domaines sur lesquels on n'a pas encore légiféré (*sic*); mais voilà deux domaines très particuliers avec lesquels les législateurs sont aux prises et, à mon avis, le Parlement qui a adopté certaines lois sur l'avortement et la peine capitale devrait avoir préséance en la matière, et nous ne voulons pas que les tribunaux puissent, en invoquant la constitution, renverser le jugement du Parlement.

Bien entendu, ce passage concerne le second plutôt que le premier volet de l'art. 7, mais il ne permet pas du tout d'affirmer qu'on a voulu que la question de l'avortement relève de la *Charte*.

On ne saurait prétendre que l'histoire, les traditions et les philosophies fondamentales de notre société appuient la proposition selon laquelle la *Charte* confère implicitement un droit à l'avortement. La Cour d'appel de l'Ontario a fait en l'espèce un examen utile de la manière dont la position du législateur face à cette question a évolué en fonction des exigences de l'ordre public. Voici ce qu'a dit la Cour d'appel, aux pp. 364 à 366:

#### [TRANSDUCTION] *Historique du droit en matière d'avortement*

L'historique du droit en matière d'avortement revêt passablement d'importance. En *common law*, procurer un avortement avant que le foetus ne donne des signes de vie ne constituait pas une infraction criminelle. Le foetus donnait des signes de vie lorsque la femme enceinte pouvait le sentir bouger dans son ventre. Quiconque procurait un avortement à ce stade-là de la grossesse commettait une infraction mineure (*misdemeanour*): *Blackstone's Commentaries on the Laws of England*, tome 1, pp. 129 et 130. Le droit en matière d'avortement criminel a été codifié pour la première fois en Angleterre dans *Lord Ellenborough's Act*, 1803 (R.-U.), chap. 58. Cette loi prévoyait que la pratique d'un avortement lorsqu'il s'agissait d'un foetus qui donnait des signes de vie constituait une infraction majeure (*felony*), et pres-

1988 CanLII 19 (CC)

imum penalty life imprisonment. The *Infant Life (Preservation) Act*, 1929 (U.K.), c. 34, gave greater protection to a viable foetus by creating the offence of child destruction where a child capable of being born alive was caused to die except in good faith to preserve the life of the mother. In *R. v. Bourne*, [1939] 1 K.B. 687, the prohibition against abortion both at common law and by statute was held to be subject to the common law defence based upon the necessity of saving the mother's life.

The earliest statutory prohibition in Canada against attempting to procure an abortion is to be found in "An Act respecting Offences against the Person", 1869 (Can.), c. 20, ss. 59 and 60. The Act was based on *Lord Ellenborough's Act* and the *Offences Against the Person Act, 1861*. The provisions relating to abortion were included in the Canadian *Criminal Code* in 1892 (1892 (Can.), c. 29, ss. 272 to 274), and with slight changes were included in the Codes of 1906 (R.S.C. 1906, c. 146, ss. 303 to 306); 1927 (R.S.C. 1927, c. 36, ss. 303 to 306) and 1954 (1953-54 (Can.), c. 51, ss. 237 and 238).

Section 251(1) made it clear that Parliament regarded procuring an abortion as a very serious crime for which there was a maximum sentence of imprisonment for life.

In 1969, Parliament alleviated the situation by the addition to s. 251 of s-ss (4), (5), (6) and (7) as exculpatory provisions by 1968-69, c. 38, s. 18. These subsections provided that it was not a criminal act to procure an abortion where the continuation of the pregnancy would or would be likely to endanger the life or health of a female person. As can be seen, in order to come within the exceptions to s. 251(1) and (2),

(a) the majority of the members of a therapeutic abortion committee comprising not less than three qualified medical practitioners of an accredited or approved hospital had to certify in writing after reviewing the case at a meeting that in the opinion of the majority the continuation of the pregnancy would or would be likely to endanger the life or health of a female person;

crivait des peines moindres pour l'avortement pratiqué à un stade moins avancé. Suite à l'adoption de l'*Offences Against the Person Act*, 1861 (R.-U.), chap. 100, art. 58, on n'imposait plus en Angleterre des peines différentes selon le stade de développement fœtal. L'infraction était majeure et entraînait alors une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité. L'*Infant Life (Preservation) Act*, 1929 (R.-U.), chap. 34, accordait une plus grande protection à un fœtus viable en créant l'infraction de destruction d'enfant qui consistait à faire mourir un enfant susceptible de naître vivant, sauf lorsque la mort était provoquée de bonne foi afin de protéger la vie de la mère. Dans la décision *R. v. Bourne*, [1939] 1 K.B. 687, on a jugé qu'on pouvait opposer à l'interdiction de l'avortement édictée tant par la *common law* que par la loi écrite le moyen de défense de *common law* fondé sur la nécessité de sauver la vie de la mère.

Les premières dispositions législatives canadiennes interdisant de tenter de procurer un avortement se trouvent dans l'Acte concernant les offenses contre la Personne, 1869 (Can.), chap. 20, art. 59 et 60. Il s'agissait d'un texte qui s'inspirait de la *Lord Ellenborough's Act* et de l'*Offences Against the Person Act, 1861*. Les dispositions relatives à l'avortement ont été incluses dans le *Code criminel* de 1892 (1892 (Can.), chap. 29, art. 272 à 274) et, avec de légères modifications, dans les codes de 1906 (S.R.C. 1906, chap. 146, art. 303 à 306), de 1927 (S.R.C. 1927, chap. 36, art. 303 à 306), et de 1954 (1953-54 (Can.), chap. 51, art. 237 et 238).

Il se dégage nettement du par. 251(1) que le législateur considérait que procurer un avortement constituait un crime très grave punissable par une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité.

En 1969, le législateur a atténué la rigueur de la loi par l'adjonction à l'art. 251 des par. (4), (5), (6) et (7) à titre de dispositions disculpatoires (1968-69, chap. 38, art. 18). Ces paragraphes prévoient que procurer un avortement ne constitue pas un acte criminel lorsque la continuation de la grossesse de cette personne du sexe féminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière. Comme on le constate, les exceptions aux par. 251(1) et (2) ne jouent que

a) si la majorité des membres d'un comité de l'avortement thérapeutique, composé d'au moins trois médecins qualifiés, d'un hôpital accrédité ou approuvé certifie par écrit à la suite d'un examen du cas au cours d'une réunion du comité que, de l'avis de la majorité, la continuation de la grossesse mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé d'une personne du sexe féminin;

(b) the abortion had to be performed in an accredited or approved hospital by a medical practitioner to whom the certificate was given who was not a member of the committee.

b) si l'avortement se fait dans un hôpital accrédité ou approuvé, par un médecin à qui le certificat a été remis et qui n'est pas membre du comité.

By defining criminal conduct more narrowly, these amendments reflected the contemporary view that abortion is not always socially undesirable behaviour.

a En définissant la conduite criminelle plus étroitement, ces modifications reflétaient le point de vue contemporain selon lequel l'avortement n'est pas toujours une conduite socialement répréhensible.

As the Court of Appeal said, the amendments to the *Criminal Code* which imported s. 251 are indicative of a changing view on this question, but it is not possible to erect upon the words of s. 251 a constitutional right to abortion.

b Comme l'a dit la Cour d'appel, les modifications apportées à l'art. 251 du *Code criminel* traduisent un changement de point de vue sur cette question, mais on ne saurait déduire du texte de l'art. 251 l'existence d'un droit constitutionnel à l'avortement.

The historical review of the legal approach in Canada taken from the judgment of the Court of Appeal serves, as well, to cast light on the underlying philosophies of our society and establishes that there has never been a general right to abortion in Canada. There has always been clear recognition of a public interest in the protection of the unborn and there has been no evidence or indication of any general acceptance of the concept of abortion at will in our society. It is to be observed as well that at the time of adoption of the *Charter* the sole provision for an abortion in Canadian law was that to be found in s. 251 of the *Criminal Code*. It follows then, in my view, that the interpretive approach to the *Charter*, which has been accepted in this Court, affords no support for the entrenchment of a constitutional right of abortion.

L'historique qu'a fait la Cour d'appel de la position prise par le législateur canadien permet en outre de mettre en lumière les philosophies fondamentales ayant cours dans notre société et démontre qu'il n'y a jamais eu de droit général à l'avortement au Canada. L'existence d'un intérêt public dans la protection des enfants non encore nés a toujours été clairement reconnue et rien ne prouve ni n'indique que le concept de l'avortement à volonté est généralement accepté dans notre société. On doit noter également qu'au moment où la *Charte* a été adoptée, la seule disposition en matière d'avortement qui existait en droit canadien était l'art. 251 du *Code criminel*. Il s'ensuit donc, selon moi, que la façon d'interpréter la *Charte* acceptée par cette Cour ne justifie aucunement une conclusion que le droit à l'avortement est enchâssé dans la Constitution.

As to an asserted right to be free from any state interference with bodily integrity and serious state-imposed psychological stress, I would say that to be accepted, as a constitutional right, it would have to be based on something more than the mere imposition, by the State, of such stress and anxiety. It must, surely, be evident that many forms of government action deemed to be reasonable, and even necessary in our society, will cause stress and anxiety to many, while at the same time being acceptable exercises of government power in pursuit of socially desirable goals. The very facts of life in a modern society would preclude the entrenchment of such a constitutional right. Governmental action for the due governance and

Pour ce qui est de la revendication d'un droit à la protection contre toute atteinte de l'État à l'intégrité physique et contre toute tension psychologique causée par l'État, je dirais que pour être accepté à titre de droit constitutionnel, il devrait reposer sur autre chose que les simples tensions et l'angoisse causées par l'État. Il est certainement évident que bien des formes d'action gouvernementale considérées comme raisonnables, voire nécessaires, dans notre société sont pour beaucoup de gens une source de tensions et d'angoisse, tout en constituant des exercices acceptables du pouvoir gouvernemental dans la poursuite d'objectifs socialement désirables. La réalité même de la vie dans une société moderne vient s'opposer à ce qu'un tel

administration of society can rarely please everyone. It is hard to imagine a governmental policy or initiative which will not create significant stress or anxiety for some and, frequently, for many members of the community. Governments must have the power to expropriate land, to zone land, to regulate its use and the rights and conditions of its occupation. The exercise of these powers is frequently the cause of serious stress and anxiety. In the interests of public health and welfare, governments must have and exercise the power to regulate, control — and even suppress — aspects of the manufacture, sale and distribution of alcohol and drugs and other dangerous substances. Stress and anxiety resulting from the exercise of such powers cannot be a basis for denying them to the authorities. At the present time there is great pressure on governments to restrict — and even forbid — the use of tobacco. Government action in this field will produce much stress and anxiety among smokers and growers of tobacco, but it cannot be said that this will render unconstitutional control and regulatory measures adopted by governments. Other illustrations abound to make the point.

To invade the s. 7 right of security of the person, there would have to be more than state-imposed stress or strain. A breach of the right would have to be based upon an infringement of some interest which would be of such nature and such importance as to warrant constitutional protection. This, it would seem to me, would be limited to cases where the state-action complained of, in addition to imposing stress and strain, also infringed another right, freedom or interest which was deserving of protection under the concept of security of the person. For the reasons outlined above, the right to have an abortion — given the language, structure and history of the *Charter* and given the history, traditions and underlying philosophies of our society — is not such an inter-

droit soit enchâssé dans la Constitution. Il est rare que les actes accomplis pour le bon gouvernement et la bonne administration de la collectivité aient l'heur de plaire à tous. Il est difficile de concevoir une politique ou une initiative gouvernementale qui ne créera pas beaucoup de tensions ou d'angoisse chez certaines personnes et, souvent, chez un bon nombre de citoyens. Les gouvernements doivent être habilités à exproprier des biens-fonds, à procéder au zonage et à réglementer l'utilisation de biens-fonds ainsi que les droits et les conditions rattachés à l'occupation de ceux-ci. L'exercice de ces pouvoirs est souvent une source de tensions graves et d'angoisse. Or il faut, dans l'intérêt de la santé et du bien-être publics, que les gouvernements possèdent et exercent le pouvoir de réglementer, de contrôler et, voire même, d'abolir certains aspects de la fabrication, de la vente et de la distribution d'alcool et de médicaments ainsi que d'autres substances dangereuses. Les tensions et l'angoisse résultant de l'exercice de ces pouvoirs ne sauraient justifier qu'on les refuse aux autorités. À l'heure actuelle, beaucoup de pressions sont exercées sur les gouvernements pour qu'ils limitent, interdisent même, l'usage du tabac. L'action gouvernementale dans ce domaine engendrera beaucoup de tensions et d'angoisse chez les fumeurs et les producteurs de tabac, mais on ne saurait dire que cela entraînera l'inconstitutionnalité des mesures de contrôle et de réglementation que pourront adopter les gouvernements. Une foule d'autres exemples pourraient être cités à ce propos.

Pour qu'il y ait atteinte au droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7, il devrait y avoir plus que des tensions ou de l'angoisse causées par l'État. Une violation de ce droit devrait dépendre d'une atteinte à quelque intérêt dont la nature et l'importance justifieraient une protection constitutionnelle. Cela, me semble-t-il, se limiterait aux cas où l'action de l'État dont on se plaint a, en plus d'engendrer des tensions et de l'angoisse, porté également atteinte à un autre droit, à une autre liberté ou à un autre intérêt qui méritaient d'être protégés selon le concept de la sécurité de la personne. Pour les raisons exposées ci-dessus, le droit à l'avortement, compte tenu du texte, de la structure et de l'historique de la *Charte* ainsi que de l'histoire, des traditions et des philosophies

est. Any right to an abortion will remain circumscribed by the terms of s. 251 of the *Criminal Code*. I refer to the following passage from the judgment of the court below, at p. 378:

One cannot overlook the fact that the situation respecting a woman's right to control her own person becomes more complex when she becomes pregnant, and that some statutory control may be appropriate. We agree with Parker A.C.J.H.C. in the court below that, bearing in mind the statutory prohibition against abortion in Canada which has existed for over 100 years, it could not be said that there is a right to procure an abortion so deeply rooted in our traditions and way of life as to be fundamental. A woman's only right to an abortion at the time the Charter came into force would accordingly appear to be that given to her by s-s. (4) of s. 251.

I would only add that even if a general right to have an abortion could be found under s. 7 of the *Charter*, it is by no means clear from the evidence the extent to which such a right could be said to be infringed by the requirements of s. 251 of the *Code*. In the nature of things that is difficult to determine. The mere fact of pregnancy, let alone an unwanted pregnancy, gives rise to stress. The evidence reveals that much of the anguish associated with abortion is inherent and unavoidable and that there is really no psychologically painless way to cope with an unwanted pregnancy.

It is for these reasons I would conclude, that save for the provisions of the *Criminal Code*, which permit abortion where the life or health of the woman is at risk, no right of abortion can be found in Canadian law, custom or tradition, and that the *Charter*, including s. 7, creates no further right. Accordingly, it is my view that s. 251 of the *Code* does not in its terms violate s. 7 of the *Charter*. Even accepting the assumption that the concept of security of the person would extend to vitiating a law which would require a woman to carry a child to the completion of her pregnancy at the risk of her life or health, it must be observed that this is not our case. As has been pointed out,

fondamentales de notre société, ne constitue pas un tel intérêt. Tout droit à l'avortement demeure circonscrit par les termes de l'art. 251 du *Code criminel*. Je reprends le passage suivant tiré de la p. 378 de l'arrêt de la Cour d'appel:

[TRADUCTION] On ne saurait oublier que la situation du droit de la femme à être maîtresse de sa propre personne se complique davantage lorsqu'elle devient enceinte et qu'un certain contrôle de la loi peut se révéler approprié. Nous sommes d'accord avec le juge en chef adjoint Parker de la Haute Cour pour dire que, si on garde à l'esprit l'interdiction légale de l'avortement qui existe depuis plus de cent ans au Canada, on ne saurait affirmer qu'il existe un droit de procurer un avortement qui soit ancré dans nos traditions et notre mode de vie au point d'être fondamental. Le seul droit à l'avortement que possédaient les femmes au moment de l'entrée en vigueur de la *Charte* semblerait donc être celui que leur conférerait le par. 251(4).

J'ajouterais seulement que même s'il était possible de conclure à l'existence d'un droit général à l'avortement en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, la preuve est loin de révéler clairement jusqu'à quel point on pourrait dire que les exigences de l'art. 251 du *Code* peuvent porter atteinte à ce droit. Il est normal que ce soit difficile à déterminer. Le seul fait d'être enceinte, sans parler de la grossesse non voulue, est une source de stress. Il ressort de la preuve que l'angoisse liée à l'avortement est, dans une large mesure, naturelle et inévitable et qu'il est vraiment impossible de faire face à une grossesse non voulue, sans difficulté sur le plan psychologique.

Pour ces raisons, je conclus que, sous réserve des dispositions du *Code criminel* qui autorisent l'avortement lorsque la vie ou la santé de la mère est en danger, aucun droit à l'avortement ne saurait se trouver dans le droit, la coutume ou les traditions ayant cours au Canada, et que la *Charte*, y compris l'art. 7, ne crée aucun droit supplémentaire. Par conséquent, j'estime que les modalités de l'art. 251 du *Code* ne violent pas l'art. 7 de la *Charte*. Même en acceptant de supposer que la notion de la sécurité de la personne aurait pour effet d'entacher de nullité une loi qui obligerait une femme à mener à terme sa grossesse au risque de sa propre vie ou santé, il faut noter que ce n'est pas le cas en

s. 251 of the *Code* already provides for abortion in such circumstances.

### Procedural Fairness

I now turn to the appellant's argument regarding the procedural fairness of s. 251 of the *Criminal Code*. The basis of the argument is that the exemption provisions of subs. (4) are such as to render illusory or practically illusory any defence arising from the subsection for many women who seek abortions. It is pointed out that therapeutic abortions are available only in accredited or approved hospitals, that hospitals so accredited or approved may or may not appoint abortion committees, and that "health" is defined in vague terms which afford no clear guide to its meaning. Statistically, it was said that abortions could be lawfully performed in only twenty per cent of all hospitals in Canada. Because abortions are not generally available to all women who seek them, the argument goes, the defence is illusory, or practically so, and the section therefore fails to comport with the principles of fundamental justice.

Precise evidence on the questions raised is, of course, difficult to obtain and subject to subjective interpretation depending upon the views of those adducing it. Much evidence was led at trial based largely on the Ontario experience. Additional material in the form of articles, reports and studies was adduced, from which the Court was invited to conclude that access to abortion is not evenly provided across the country and that this could be the source of much dissatisfaction. While I recognize that in constitutional cases a greater latitude has been allowed concerning the reception of such material, I would prefer to place principal reliance upon the evidence given under oath in court in my considerations of the factual matters. Evidence was adduced from the chairman of a therapeutic abortion committee at a hospital in Hamilton, where in 1982 eleven hundred and eighty-seven applications received by his committee in that year

l'espèce. Comme je l'ai déjà souligné, l'art. 251 du *Code* prescrit déjà l'avortement dans ces circonstances.

### a L'équité en matière de procédure

Je passe maintenant à l'argument des appelants relatif à l'équité, sur le plan de la procédure, de l'art. 251 du *Code criminel*. Cet argument a pour fondement que les exceptions prévues au par. (4) rendent illusoire ou pratiquement illusoire pour bien des femmes désireuses de se faire avorter tout moyen de défense découlant dudit paragraphe. On fait remarquer que des avortements thérapeutiques ne peuvent être obtenus que dans des hôpitaux accrédités ou approuvés, que les hôpitaux ainsi accrédités ou approuvés peuvent à leur guise constituer ou ne pas constituer des comités de l'avortement, et que le mot «santé» est défini en des termes vagues qui n'indiquent pas clairement son sens. Selon les statistiques, a-t-on affirmé, des avortements ne peuvent être légalement accomplis que dans vingt pour cent des hôpitaux canadiens. Toujours suivant cet argument, puisque l'avortement n'est pas généralement accessible à toutes les femmes qui cherchent à l'obtenir, le moyen de défense en question est illusoire ou pratiquement illusoire et l'article n'est donc pas conforme aux principes de justice fondamentale.

Il est évidemment difficile de réunir des éléments de preuve précis portant sur les questions soulevées en l'espèce et ces éléments de preuve feront l'objet d'une interprétation subjective en fonction des opinions de ceux qui les apportent. La majeure partie de la preuve volumineuse produite au procès concernait l'expérience ontarienne. On a produit en outre des textes sous la forme d'articles, de rapports et d'études sur lesquels on a demandé à la Cour de se fonder pour conclure que les possibilités d'obtenir un avortement n'étaient pas les mêmes partout au pays et qu'il pouvait en résulter un grand mécontentement. Tout en reconnaissant que, dans les affaires constitutionnelles, une plus grande latitude a été accordée en ce qui concerne la réception de tels documents, je préfère, pour ce qui est d'examiner les questions de fait, m'appuyer principalement sur les dépositions faites sous serment au cours du procès. On a cité comme témoin le président d'un comité de l'avortement



less than a dozen were ultimately refused. Refusal in each case was based upon the fact that a majority of the committee was not convinced that "the continuation of the pregnancy would be detrimental to the woman's health". All physicians who performed abortions under the *Criminal Code* provisions admitted in cross-examination that they had never had an application for a therapeutic abortion on behalf of the patient ultimately refused by an abortion committee. No woman testified that she personally had applied for an abortion anywhere in Canada and had been refused, and no physician testified to his participation in such an application. In 1982, the province of Ontario had ninety-nine hospitals with abortion committees. In that year in Ontario, hospitals performed 31,379 abortions and thirty-six of those hospitals performed more than two hundred in one year. There were seventeen hospitals with abortion committees in metropolitan Toronto and they performed 16,706 abortions in 1982, nine of them performing more than one thousand abortions each. In 1982 all ten provinces and both territories had at least one hospital with an abortion committee. The evidence was not as clear as to the situation in rural or more remote areas. It would be reasonable to assume that access to abortion would have been more difficult outside of the principal inhabited areas. This situation, however, is common to the delivery of all health-care services. Significantly, the testimony and exhibits entered at trial reflect that even in the more permissive abortion regime in the United States there is a similar problem of access. Ten years after the decision in *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), only slight gains in access had been made in rural areas. It is also worth noting that the evidence adduced at trial, comparing the respective abortion regimes in Canada and the United States, reveals other significant parallels. For example, there is a close parallel in the two countries concerning such matters as the stage in the pregnancy at which abortions are performed and the procedures used to perform abortions at the respective stages. There is also a high degree of similarity in the two countries regarding the percentages and methods of abortion performed in the crucial early second trimester. In both countries, it

thérapeutique d'un hôpital de Hamilton où onze cent quatre-vingt-sept avortements ont été pratiqués en 1982. Celui-ci a affirmé que, sur toutes les demandes reçues par son comité cette année-là, moins de douze ont finalement été rejetées. Dans chacun de ces cas, le refus était motivé par le fait que la majorité des membres du comité n'était pas convaincue que [TRADUCTION] «la continuation de la grossesse compromettrait la santé de la femme en question». Tous les médecins qui ont témoigné et qui ont pratiqué des avortements en vertu du *Code criminel* ont reconnu, en contre-interrogatoire, que jamais il ne leur était arrivé qu'une demande d'avortement thérapeutique présentée pour le compte d'une patiente se heurte au refus d'un comité de l'avortement. Aucune femme n'est venue témoigner qu'elle s'était vu refuser une demande qu'elle avait faite personnellement en vue d'obtenir un avortement où que ce soit au Canada, et aucun médecin n'a dit avoir participé à une telle demande. En 1982, la province de l'Ontario comptait quatre-vingt-dix-neuf hôpitaux dotés d'un comité de l'avortement. Cette année-là en Ontario, 31 379 avortements ont été pratiqués dans des hôpitaux et dans trente-six de ceux-ci, le chiffre des avortements s'élevait à plus de deux cents en une seule année. Dans la communauté urbaine de Toronto, il y avait dix-sept hôpitaux qui étaient dotés d'un comité de l'avortement et où 16 706 avortements ont été pratiqués en 1982. Dans neuf cas, le nombre dépassait mille avortements par année. En 1982, il y avait dans chaque province et dans les deux territoires au moins un hôpital doté d'un comité de l'avortement. La preuve n'est toutefois pas aussi claire quant à la situation dans les régions rurales ou éloignées. Il serait néanmoins raisonnable de supposer qu'en dehors des principales régions habitées, il aurait été plus difficile d'obtenir un avortement. En cela, l'avortement ne diffère donc pas de n'importe quel autre service de santé. Fait révélateur, il se dégage des dépositions et des pièces produites au procès que, même sous le régime d'avortement plus libéral que l'on trouve aux États-Unis, l'accessibilité demeure un problème. En effet, dix ans après l'arrêt *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), il n'y avait eu qu'une modeste amélioration de l'accessibilité dans les régions rurales. Il vaut également la peine de noter

appears that many of the problems that have arisen in relation to abortion reflect the more general reality that medical services are subject to budgetary, time, space and staff constraints. With abortion, in particular, matters are further complicated by the fact that many physicians regard abortions as unethical and refuse to perform them. In all, the extent to which the statutory procedure contributes to the problems connected with procuring an abortion is anything but clear. Accordingly, even if one accepts that it would be contrary to the principles of fundamental justice for Parliament to make available a defence which, by reason of its terms, is illusory or practically so, it cannot, in my view, be said that s. 251 of the *Code* has had that effect.

It would seem to me that a defence created by Parliament could only be said to be illusory or practically so when the defence is not available in the circumstances in which it is held out as being available. The very nature of the test assumes, of course, that it is for Parliament to define the defence and, in so doing, to designate the terms and conditions upon which it may be available. The Chief Justice has said in his reasons, at p. 70:

The criminal law is a very special form of governmental regulation, for it seeks to express our society's collective disapprobation of certain acts and omissions. When a defence is provided, especially a specifically-tailored defence to a particular charge, it is because the legislator has determined that the disapprobation of society is

que la preuve présentée au procès, qui compare les régimes d'avortement respectifs du Canada et des États-Unis, fait ressortir d'autres ressemblances importantes. Il y a par exemple entre les deux pays une grande similarité en ce qui concerne notamment le stade de la grossesse auquel l'avortement est pratiqué et les méthodes employées aux stades respectifs. Les deux pays se ressemblent beaucoup également quant aux pourcentages et aux méthodes d'avortements pratiqués au début du second trimestre crucial. Dans l'un et l'autre pays, un bon nombre des problèmes qui ont surgi en matière d'avortement paraissent traduire une réalité plus générale, savoir que les services médicaux sont assujettis à des restrictions budgétaires et à des restrictions sur les plans du temps, des locaux et du personnel disponible. En matière d'avortement en particulier, la situation se complique davantage du fait que beaucoup de médecins considèrent l'avortement comme immoral et refusent de pratiquer ce type d'intervention. Somme toute, on est loin de savoir clairement dans quelle mesure la procédure établie par la loi contribue à créer les problèmes liés à l'obtention d'un avortement. Par conséquent, même si l'on accepte qu'il serait contraire aux principes de justice fondamentale que le législateur prévoie un moyen de défense qui, en raison de ses modalités, est illusoire ou pratiquement illusoire, je ne crois pas que l'on puisse dire que l'art. 251 du *Code* a eu cet effet.

Il me semble qu'on ne pourrait dire qu'un moyen de défense créé par le législateur n'est illusoire ou pratiquement illusoire que lorsqu'on ne peut pas recourir à ce moyen de défense dans les circonstances où l'on a dit qu'il était possible de le faire. De par sa nature même, ce critère sous-entend, bien sûr, que c'est au législateur qu'il incombe de définir le moyen de défense et, en ce faisant, de préciser les conditions à remplir pour pouvoir l'invoquer. Le Juge en chef affirme, à la p. 70 de ses motifs:

Le droit criminel constitue une forme très spéciale de réglementation gouvernementale, car il cherche à exprimer la désapprobation collective de notre société pour certains actes ou omissions. Lorsqu'un moyen de défense est prévu, surtout lorsqu'il s'agit d'un moyen de défense conçu spécifiquement pour une accusation particulière,

not warranted when the conditions of the defence are met.

From this comment, I would suggest it is apparent that the Court's role is not to second-guess Parliament's policy choice as to how broad or how narrow the defence should be. The determination of when "the disapprobation of society is not warranted" is in Parliament's hands. The Court's role when the enactment is attacked on the basis that the defence is illusory is to determine whether the defence is available in the circumstances in which it was intended to apply. Parliament has set out the conditions, in s. 251(4), under which a therapeutic abortion may be obtained, free from criminal sanction. It is patent on the face of the legislation that the defence is circumscribed and narrow. It is clear that this was the Parliamentary intent and it was expressed with precision. I am not able to accept the contention that the defence has been held out to be generally available. It is, on the contrary, carefully tailored and limited to special circumstances. Therapeutic abortions may be performed only in certain hospitals and in accordance with certain specified provisions. It could only be classed as illusory or practically so if it could be found that it does not provide lawful access to abortions in circumstances described in the section. No such finding should be made upon the material before this Court. The evidence will not support the proposition that significant numbers of those who meet the conditions imposed in s. 251 of the *Criminal Code* are denied abortions.

It is evident that what the appellants advocate is not the therapeutic abortion referred to in s. 251 of the *Code*. Their clinic was called into being because of the perceived inadequacies of s. 251. They propose and seek to justify "abortion on demand". The defence in s. 251(4) was not intend-

c'est parce que le législateur a jugé que la désapprobation de la société n'est pas justifiée lorsque les conditions de ce moyen de défense sont remplies.

a Selon moi, il est clair à la lecture de ces observations qu'il n'appartient nullement à cette Cour de revenir sur le choix de principe fait par le législateur quant à la portée précise de ce moyen de défense. Il appartient au Parlement de déterminer quand «la désapprobation de la société n'est pas justifiée». Lorsque le texte législatif fait l'objet d'une attaque fondée sur le caractère illusoire du moyen de défense offert, la tâche de la Cour consiste à déterminer s'il est possible de recourir à ce moyen de défense dans les circonstances où on a voulu qu'il puisse être invoqué. Au paragraphe 251(4), le législateur énonce les conditions qui doivent être remplies pour obtenir un avortement thérapeutique sans s'exposer à des sanctions criminelles. Il est évident, à la lecture de cette disposition législative, que le moyen de défense a une portée restreinte. Il est clair que c'est ce qu'a voulu le législateur qui a exprimé cette intention en des termes précis. Je ne puis retenir l'argument selon lequel ce moyen de défense a été présenté comme pouvant être invoqué de manière générale. Bien au contraire, il s'agit d'un moyen de défense soigneusement conçu dont l'application se limite à des circonstances particulières. Les avortements thérapeutiques ne peuvent être pratiqués que dans certains hôpitaux et en conformité avec certaines dispositions précises. Le moyen de défense ne pourrait être qualifié d'illusoire ou de pratiquement illusoire que s'il était possible de conclure qu'il ne permet pas d'obtenir un avortement licite dans les circonstances décrites dans l'article en cause. Or, la documentation soumise à cette Cour ne permet pas de tirer une telle conclusion. La preuve n'appuie pas la proposition selon laquelle de nombreuses femmes qui remplissent les conditions imposées par l'art. 251 du *Code criminel* se voient refuser l'avortement.

Il est évident que ce que préconisent les appelants n'est pas l'avortement thérapeutique visé par l'art. 251 du *Code*. Ils ont ouvert leur clinique en raison des lacunes que présentait, d'après eux, cet article. Ils proposent et cherchent à justifier «l'avortement libre». Or, le moyen de défense prévu

ed to meet the views of the appellants and provide a defence at large which would effectively repeal the operative subsections of s. 251. Some feel strongly that s. 251 is not adequate in today's society. Be that as it may, it does not follow that the defence provisions of s. 251(4) are illusory. They represent the legislative choice on this question and, as noted, it has not been shown that therapeutic abortions have not been available in cases contemplated by the provision.

It was further argued that the defence in s. 251(4) is procedurally unfair in that it fails to provide an adequate standard of "health" to guide the abortion committees which are charged with the responsibility for approving or disapproving applications for abortions. It is argued that the meaning of the word "health" in s. 251(4) is so vague as to render the sub-section unconstitutional. This argument was, in my view, dealt with fully and effectively in the Court of Appeal. I accept and adopt the following passage from the judgment of that court, at pp. 387-88:

Counsel for the respondent in his attack on s. 251 also argued that the section was void for "vagueness". The argument under this head was that the concepts of "health" and "miscarriage" in s. 251(4) yield an arbitrary application being so vague and uncertain that it is difficult to understand what conduct is proscribed. It is fundamental justice that a person charged with an offence should know with sufficient particularity the nature of the offence alleged.

There was a far-ranging discussion by the respondents' counsel on the concept of "health" and the meaning of the term "miscarriage"; the way in which courts deal with the "vagueness" in the interpretation of municipal by-laws, and an extensive examination of American authorities.

In this case, however, from a reading of s. 251 with its exception, there is no difficulty in determining what is proscribed and what is permitted. It cannot be said that no sensible meaning can be given to the words of the section. Thus, it is for the courts to say what meaning the statute will bear. Counsel was unable to give the Court any authority for holding a statute void for uncertainty. In any event, there is no doubt the respondents

au par. 251(4) n'a pas été conçu pour refléter les opinions des appelants ni pour créer un moyen de défense général qui aurait pour effet d'abroger les dispositions essentielles de l'art. 251. D'aucuns a croient fermement que l'art. 251 ne répond plus aux besoins de la société moderne. Quoi qu'il en soit, il ne s'ensuit pas que les dispositions du par. 251(4) qui établissent un moyen de défense sont b illusoires. Elle traduisent le choix qu'a fait le législateur en la matière et, comme je l'ai déjà souligné, il n'a pas été démontré que des avortements thérapeutiques n'ont pu être obtenus dans les cas envisagés par l'article.

c On a fait valoir, en outre, que le moyen de défense prévu par le par. 251(4) est inéquitable sur le plan de la procédure en ce sens qu'il n'établit pas une norme satisfaisante de «santé» pour la d gouverne des comités de l'avortement chargés d'approuver ou de rejeter les demandes d'avortement. On soutient que le sens du mot «santé» employé au par. 251(4) est vague au point de rendre ce paragraphe inconstitutionnel. À mon e avis, la Cour d'appel a donné à cet argument une réponse complète et efficace. J'accepte et je fais mien le passage suivant tiré des pp. 387 et 388 des motifs de la Cour d'appel:

f [TRADUCTION] L'avocat des intimés reproche en outre à l'art. 251 d'être entaché de nullité pour cause d'«imprécision». Suivant cet argument, les termes «santé» et «avortement» utilisés au par. 251(4) ouvrent la voie à une application arbitraire si vague et incertaine qu'on a de la difficulté à comprendre quelle conduite est g proscrire. Or, la justice fondamentale exige que soient communiqués à l'inculpé des détails suffisants concernant la nature de l'infraction qu'on lui impute.

L'avocat des intimés a parlé en long et en large du concept de la «santé» et du sens du mot «avortement» ainsi que de la manière dont les tribunaux font face au problème de l'«imprécision» en interprétant les règlements municipaux. De plus, l'avocat a fait un examen poussé de la jurisprudence américaine.

i Dans cette affaire, cependant, après lecture de l'art. 251 et de ses exceptions, il n'y a aucune difficulté à déterminer ce qui est interdit et ce qui est permis. On ne peut pas dire qu'aucun sens raisonnable ne peut être donné aux termes de cet article. Donc, il revient aux j tribunaux de dire quel sens il faut donner à la loi. L'avocat a été incapable de citer à la Cour une décision dans laquelle une loi a été déclarée nulle pour cause

knew that the acts they proposed and carried out were in breach of the section. The fact that they did not approve of the law in this regard does not make it "uncertain". They could have no doubt but that the procuring of a miscarriage which they proposed (and we agree with the trial judge that the phrase "procuring a miscarriage" is synonymous with "performing an abortion"), could only be carried out in an accredited or approved hospital after the securing of the required certificate in writing from the therapeutic abortion committee of that hospital.

Finally, this Court has dealt with the matter. Dickson J. (as he then was), speaking for the majority in *Morgentaler* (1975), *supra*, in concluding a discussion of s. 251(4) of the *Criminal Code*, said, at p. 675:

Whether one agrees with the Canadian legislation or not is quite beside the point. Parliament has spoken unmistakably in clear and unambiguous language.

In the same case, Laskin C.J., while dissenting on other grounds, said at p. 634:

The contention under point 2 is equally untenable as an attempt to limit the substance of legislation in a situation which does not admit of it. In submitting that the standard upon which therapeutic abortion committees must act is uncertain and subjective, counsel who make the submission cannot find nourishment for it even in *Doe v. Bolton*. There it was held that the prohibition of abortion by a physician except when "based upon his best clinical judgment that an abortion is necessary" did not prescribe a standard so vague as to be constitutionally vulnerable. *A fortiori*, under the approach taken here to substantive due process, the argument of uncertainty and subjectivity fails. It is enough to say that Parliament has fixed a manageable standard because it is addressed to a professional panel, the members of which would be expected to bring a practised judgment to the question whether "the continuation of the pregnancy . . . would or would be likely to endanger . . . life or health".

In my opinion, then, the contention that the defence provided in s. 251(4) of the *Criminal Code* is illusory cannot be supported. From evidence adduced by the appellants, it may be said that

d'imprécision. Quoi qu'il en soit, il ne fait pas de doute que les intimés savaient que les actes projetés et accomplis par eux constituaient une infraction à l'article en cause. Ce n'est pas parce qu'ils désapprouvaient la loi à cet égard que celle-ci est «imprécise». Ils ne pouvaient pas douter que l'avortement qu'ils comptaient pratiquer (et nous sommes d'accord avec le juge du procès que l'expression «procurer l'avortement» est synonyme de «pratiquer un avortement») ne pouvait être accompli que dans un hôpital accrédité ou approuvé après avoir obtenu du comité de l'avortement thérapeutique de l'hôpital en question le certificat requis.

Finalement, cette Cour s'est déjà penchée sur la question. Le juge Dickson (alors juge puîné), en terminant une étude du par. 251(4) du *Code criminel* dans l'affaire *Morgentaler* (1975), précitée, a affirmé, au nom de la majorité, à la p. 675:

La question n'est pas de savoir si l'on est d'accord avec la législation canadienne. Le Parlement s'est exprimé sans équivoque en des termes clairs et précis.

Dans la même cause, le juge en chef Laskin, quoique dissident pour d'autres motifs, affirmait, à la p. 634:

La prétention avancée sur le 2<sup>e</sup> point est également insoutenable parce qu'on veut restreindre la portée d'une loi dans une situation qui ne s'y prête pas. Les avocats qui prétendent que le critère prescrit aux comités de l'avortement thérapeutique est imprécis et subjectif, ne peuvent rien trouver à l'appui de cette prétention même dans l'arrêt *Doe v. Bolton*. En cette affaire-là il a été décidé que l'interdiction au médecin de procurer l'avortement sauf lorsque [TRADUCTION] «d'après son meilleur jugement fondé sur un examen physique, un avortement est nécessaire» ne prescrit pas un critère assez peu précis pour être constitutionnellement vulnérable. *A fortiori*, de la façon dont on aborde ici la question de l'application régulière des garanties légales aux principes de droit, l'argument d'imprécision et de subjectivité ne peut être retenu. Qu'il suffise de dire que le Parlement a fixé un critère maniable parce qu'il s'adresse à un comité composé d'hommes de l'art, dont on peut s'attendre que les membres portent un jugement exercé sur la question de savoir si «la continuation de la grossesse . . . mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé . . . ».

Je tiens donc pour insoutenable l'argument voulant que le moyen de défense prévu par le par. 251(4) du *Code criminel* soit illusoire. On peut conclure de la preuve produite par les appelants qu'un bon

1988-01-19

many women seeking abortions have been unable to get them in Canada because s. 251(4) fails to respond to this need. This cannot serve as an argument supporting the claim that subs. (4) is procedurally unfair. Section 251(4) was designed to meet specific circumstances. Its aim is to restrict abortion to cases where the continuation of the pregnancy would, or would likely, be injurious to the life or health of the woman concerned, not to provide unrestricted access to abortion. It was to meet this requirement that Parliament provided for the administrative procedures to invoke the defence in subs. (4). This machinery was considered adequate to deal with the type of abortion Parliament had envisaged. When, however, as the evidence would indicate, many more would seek abortions on a basis far wider than that contemplated by Parliament, any system would come under stress and possibly fail. It is not without significance that many of the appellants' clients did not meet the standard set or did not seek to invoke it and that is why their clinic took them in. What has confronted the scheme has been a flood of demands for abortions, some of which could meet the tests of s. 251(4) and many which could not. In so far as it may be said that the administrative scheme of the Act has operated inefficiently, a proposition which may be highly questionable, it is caused principally by forces external to the statute, the external circumstances being a general demand for abortion irrespective of the provisions of s. 251. It is not open to a court, in my view, to strike down a statutory provision on this basis.

The appellants in this Court raised other arguments, most of which, in my view, may be briefly dealt with.

#### Section 605 of the *Criminal Code*

It was contended that s. 605(1)(a), giving the Crown a right of appeal against an acquittal in a trial court on any ground involving a question of law alone offended ss. 7 and 11(d), (f) and (h) of the *Charter*. Reliance was placed primarily on s.

nombre de femmes désireuses d'obtenir un avortement n'ont pas pu l'obtenir au Canada parce que le par. 251(4) ne répond pas à ce besoin. Cela ne peut toutefois pas servir d'argument appuyant l'allévation que le par. (4) est inéquitable sur le plan de la procédure. Le paragraphe 251(4) a été conçu pour faire face à des circonstances bien précises. Il vise à limiter l'avortement aux cas où la continuation de la grossesse nuirait ou nuirait probablement à la vie ou à la santé de la femme en cause, et non pas à donner la possibilité illimitée de se faire avorter. C'est pour satisfaire à cette exigence que le législateur a établi des procédures administratives qui doivent être suivies lorsqu'on invoque le moyen de défense prévu au par. (4). Ce mécanisme a été considéré comme suffisant pour traiter le type d'avortement envisagé par le législateur. Si, toutefois, comme l'indique la preuve, beaucoup plus de femmes demandaient des avortements pour un motif beaucoup plus large que celui envisagé par le législateur, tout système finirait peut-être par céder sous le poids de ce fardeau trop lourd. Il est révélateur que beaucoup de patientes des appelants ne satisfaisaient pas au critère établi et n'ont pas cherché à l'invoquer, et c'est là la raison pour laquelle elles ont été acceptées à la clinique des appelants. Le système a eu à répondre à une avalanche de demandes d'avortement dont certaines pouvaient remplir les conditions du par. 251(4), mais dont un grand nombre ne le pouvait pas. Dans la mesure où l'on peut dire que le régime administratif instauré par la loi a fonctionné inefficacement, ce qui peut être fort douteux, cela tient principalement à des facteurs étrangers à la loi, savoir la demande générale d'avortements en dépit des dispositions de l'art. 251. À mon avis, un tribunal ne peut, pour ce motif, invalider une disposition législative.

Les appelants en cette Cour ont soulevé d'autres arguments dont la plupart peuvent, selon moi, être traités brièvement.

#### L'article 605 du *Code criminel*

On a soutenu que l'al. 605(1)a), qui habilite le ministère public à interjeter appel contre un verdict d'acquiescement prononcé par une cour de première instance, pour tout motif comportant une question de droit seulement, est contraire à l'art. 7

11(h). There is a simple answer to this argument. The words of s. 11(h), "if finally acquitted" and "if finally found guilty", must be construed to mean after the appellate procedures have been completed, otherwise there would be no point or meaning in the word "finally". There is no merit in this ground. I would dispose of this question for the reasons given by the Court of Appeal.

Section 251 of the Criminal Code — Violation of s. 15 of the Charter

I find no merit in the argument advanced under this heading to the effect that the equality rights of women are infringed by s. 251 of the *Criminal Code* and on this issue again I would adopt the reasons of the Ontario Court of Appeal found at (1985), 52 O.R. (2d) 353, at pp. 392-97.

Section 251 of the Criminal Code and s. 2(a) of the Charter

I am unable to find any abridgement of freedom of conscience and religion in s. 251 of the *Criminal Code*. I agree with, and on this ground of appeal I would adopt, the reasons for judgment of the Ontario Court of Appeal: *supra*, at pp. 389-91.

Section 251 of the Criminal Code and s. 12 of the Charter — Cruel and Unusual Punishment

I would reject this argument and again adopt without variation or addition the reasons of the Ontario Court of Appeal: *supra*, at p. 392.

Section 91(27) Constitution Act, 1867 (ultra vires)

It was submitted on this issue that s. 251 was *ultra vires* of Parliament and could no longer be supported under the criminal power because it was colourable legislation in pith and substance, legislation for the protection of health and, therefore, within provincial competence. There is, in my view, no merit in this argument and I again adopt the reasons of the Ontario Court of Appeal: *supra*, at pp. 397-99.

et aux al. 11d), f) et h) de la *Charte*. C'est principalement sur l'al. 11h) qui a été invoqué. Or, la réponse à cet argument est simple. Les expressions «définitivement acquitté» et «définitivement déclaré coupable» employées à l'al. 11h) doivent s'interpréter comme signifiant après que toutes les procédures d'appel sont terminées, sinon le mot «définitivement» serait inutile ou dénué de tout sens. Ce moyen n'est donc pas fondé. Je suis d'avis de trancher cette question en adoptant les motifs donnés par la Cour d'appel.

L'article 251 du Code criminel — violation de l'art. 15 de la Charte

Je juge mal fondé l'argument avancé sous cette rubrique, suivant lequel l'art. 251 du *Code criminel* porte atteinte aux droits des femmes à l'égalité. Sur ce point également, j'adopte les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario que l'on trouve à (1985), 52 O.R. (2d) 353, aux pp. 392 à 397.

L'article 251 du Code criminel et l'al. 2a) de la Charte

Je ne vois pas en quoi l'art. 251 du *Code criminel* porte atteinte à la liberté de conscience et de religion. Sur ce moyen d'appel, je partage et je fais miens les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario: précité, aux pp. 389 à 391.

L'article 251 du Code criminel et l'art. 12 de la Charte — peine cruelle et inusitée

Je suis d'avis de rejeter cet argument et d'adopter, encore une fois sans modification ni adjonction, les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario: précité, à la p. 392.

Le paragraphe 91(27) de la Loi constitutionnelle de 1867 (ultra vires)

On fait valoir relativement à cette question que l'art. 251 outrepassé la compétence du Parlement et ne peut plus se justifier par la compétence en matière criminelle parce qu'il s'agit de législation déguisée qui vise, de par son caractère véritable, à protéger la santé et qui relève donc de la compétence provinciale. À mon avis, cet argument n'est pas fondé et j'adopte, une fois de plus les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario: précité, aux pp. 397 à 399.

Section 96 Constitution Act, 1867

The essence of this argument was that s. 251 of the *Criminal Code* purported to give powers to therapeutic abortion committees exercised by county, district and superior courts at the time of Confederation. There is no merit in this argument. I adopt the reasons of the Ontario Court of Appeal: *supra*, at p. 400.

Wrongful Interdelegation of Powers

I would dispose of this argument which was to the effect that s. 251 delegated powers relating to criminal law to the provinces generally, as did the Court of Appeal in their reasons: *supra*, at p. 399. I do not wish, however, to say anything about *Re Peralta and The Queen in Right of Ontario* (1985), 49 O.R. (2d) 705, which is relied upon by that court and is currently on appeal to this Court.

Defence of Necessity

This ground of appeal must also fail. There is no evidence whatever in the record that could support the defence.

Counsel's Address

In his reasons for judgment, the Chief Justice referred to defence counsel's address to the jury at trial, in which he had told the jury that they need not apply s. 251 of the *Criminal Code* if they thought it was bad law. I would associate myself with what the Chief Justice has said on this question. I am in full agreement with him that counsel was wrong in addressing the jury as he did and I would add that such practice, if commonly adopted, would undermine and place at risk the whole jury system.

Conclusion

Before leaving this case, I wish to make it clear that I express no opinion on the question of whether, or upon what conditions, there should be a right for a pregnant woman to have an abortion free of legal sanction. No valid constitutional objection to s. 251 of the *Criminal Code* has, in my view, been raised and, consequently, if there is to be a change

L'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867

Cet argument porte essentiellement que l'art. 251 du *Code criminel* a pour effet d'investir les comités de l'avortement thérapeutique de pouvoirs qui étaient exercés, à l'époque de la Confédération, par les cours de comté et de district et les cours supérieures. Cet argument est sans fondement. Je fais miens les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario: précité, à la p. 400.

Délégation illégale de pouvoirs

Suivant cet argument, l'art. 251 délègue aux provinces en général des pouvoirs en matière de droit criminel. J'y réponds de la même manière que le fait la Cour d'appel dans ses motifs: précité, à la p. 399. Je m'abstiens toutefois de me prononcer sur la décision *Re Peralta and The Queen in Right of Ontario* (1985), 49 O.R. (2d) 705, qui a été invoquée par cette cour et qui fait actuellement l'objet d'un pourvoi devant nous.

Le moyen de défense fondé sur la nécessité

Ce moyen doit également être rejeté. D'après le dossier, il n'y a aucun élément de preuve qui puisse justifier ce moyen de défense.

La plaidoirie de l'avocat

Dans ses motifs de jugement, le Juge en chef fait mention de la plaidoirie dans laquelle l'avocat de la défense, au procès, a dit aux jurés qu'ils n'avaient pas à appliquer l'art. 251 du *Code criminel* s'ils estimaient qu'il s'agissait là d'une mauvaise règle de droit. Sur cette question, je me range à l'avis du Juge en chef. Je souscris entièrement à son opinion que l'avocat a eu tort de s'adresser ainsi au jury et j'ajouterais qu'une telle pratique, si elle devait se répandre, minerait et compromettrait tout le système des procès par jury.

Conclusion

Avant de terminer, je tiens à préciser que je n'exprime aucune opinion sur la question de savoir si, et à quelles conditions, les femmes enceintes devraient avoir le droit de se faire avorter impunément. On n'a soulevé selon moi aucune objection à l'art. 251 du *Code criminel* qui soit valable sur le plan constitutionnel et, par conséquent, j'estime



in the law concerning this question it will be for Parliament to make. Questions of public policy touching on this controversial and divisive matter must be resolved by the elected Parliament. It does not fall within the proper jurisdiction of the courts. Parliamentary action on this matter is subject to judicial review but, in my view, nothing in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* gives the Court the power or duty to displace Parliament in this matter involving, as it does, general matters of public policy.

I would adopt as clearly expressive of the proper approach to be taken by the courts in dealing with *Charter* issues the words of Taylor J., of the Supreme Court of British Columbia, in the case of *Harrison v. University of British Columbia*, [1986] 6 W.W.R. 7. The facts of that case concerned the question of a mandatory retirement provision for employees of the University of British Columbia. The question of discrimination under s. 15 was raised. In dealing with the question of the purpose and constitutional effect of the *Charter*, Taylor J., at p. 11, after noting that the *Charter* functions assigned to the courts do not "allocate to the courts the responsibility for designing, initiating or directing social or economic policy", continued:

It is, of course, true that the function of the courts has been extended. In many cases in which the meaning or proper application of the *Charter* is in doubt the courts must decide whether or not a legislative, administrative or other act complained of requires constitutional sanction, and such decisions may well have social or economic consequences. As has been emphasized by Lamer J. in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486 at 496-97, [1986] 1 W.W.R. 481 (sub nom. *Ref. re S. 94(2) of Motor Vehicle Act*), 69 B.C.L.R. 145, 48 C.R. (3d) 289, 36 M.V.R. 240, 23 C.C.C. (3d) 289, 24 D.L.R. (4th) 536, 18 C.R.R. 30, 63 N.R. 266, this imposes on the courts a new and onerous duty. In carrying out that task, however, the courts can be concerned with social or economic implications only to the extent that they assist in answering the question whether or not the right claimed is one entitled to constitutional protection. The rights to which the *Chart-*

que si la loi doit être changée à ce propos, il appartiendra au Parlement de le faire. C'est aux députés élus que revient la tâche de résoudre les questions de politique générale touchant ce domaine controversé qui est la cause de tant de discorde. Les tribunaux n'ont pas compétence en la matière. Certes, les mesures prises par le législateur peuvent être soumises à un contrôle judiciaire mais, selon moi, il n'y a rien dans la *Charte canadienne des droits et libertés* qui habilite ou oblige la Cour à se substituer au Parlement dans ce domaine qui comporte des questions générales d'intérêt public.

J'adopte comme un énoncé clair de la façon dont les tribunaux doivent aborder les questions touchant la *Charte*, les propos qu'a tenus le juge Taylor de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans la décision *Harrison v. University of British Columbia*, [1986] 6 W.W.R. 7. Dans cette affaire, il était question d'une disposition prescrivant la retraite obligatoire d'employés de l'Université de la Colombie-Britannique. On a soulevé la question de la discrimination au sens de l'art. 15. En traitant de l'objet et de l'effet constitutionnel de la *Charte*, le juge Taylor affirme ce qui suit, à la p. 11, après avoir fait observer que les fonctions dont la *Charte* investit les tribunaux [TRADUCTION] "n'impose[nt] pas . . . aux tribunaux la responsabilité de concevoir, d'inaugurer ou de diriger la politique sociale ou économique":

[TRADUCTION] Il est vrai, bien entendu, que le rôle des tribunaux a pris de l'ampleur. Dans bien des cas où il subsiste des doutes quant au sens de la *Charte* ou quant à la façon dont il convient de l'appliquer, les tribunaux doivent décider si un acte législatif, administratif ou autre, dont on se plaint, requiert une sanction en vertu de la Constitution, et il se peut bien que ces décisions aient des conséquences sociales ou économiques. Comme l'a souligné le juge Lamer dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, aux pp. 496 et 497, [1986] 1 W.W.R. 481 (*sub nom. Ref. re S. 94(2) of Motor Vehicle Act*), 69 B.C.L.R. 145, 48 C.R. (3d) 289, 36 M.V.R. 240, 23 C.C.C. (3d) 289, 24 D.L.R. (4th) 536, 18 C.R.R. 30, 63 N.R. 266, cela a pour effet d'imposer aux tribunaux une responsabilité nouvelle et lourde. En remplissant cette tâche, cependant, ils ne peuvent tenir compte des répercussions sociales ou économiques que dans la mesure où celles-ci

1988 CanLII 50 (SCC)

er grants protection are those fundamental to the free and democratic society.

This approach is applicable to the abortion question. The solution to this question in this country must be left to Parliament. It is for Parliament to pronounce on and to direct social policy. This is not because Parliament can claim all wisdom and knowledge but simply because Parliament is elected for that purpose in a free democracy and, in addition, has the facilities — the exposure to public opinion and information — as well as the political power to make effective its decisions. I refer with full approval to a further comment by Taylor J., *supra*, at p. 12:

The present case may serve, perhaps, to emphasize that the courts lack both the exposure to public opinion required in order to discharge the essentially "political" task of weighing social or economic interests and deciding between them, and also the ability to gather the information they would need for that task. When it has run its course the litigation may also have served to demonstrate — if demonstration be needed — that the judicial system of necessity lacks the capacity of parliamentary bodies to act promptly when economic or social considerations indicate that a change in the law is desirable and, of equal importance, to react promptly when results show either that a change made for that purpose has not achieved its objective or that the objective is no longer desirable.

For all of these reasons, I would dismiss the appeal. I would answer the constitutional questions as follows:

I. Question:

Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(a), 7, 12, 15, 27 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

aident à répondre à la question de savoir si le droit revendiqué jouit d'une protection en vertu de la Constitution. Or, les droits garantis par la Charte sont ceux qui sont fondamentaux dans une société libre et démocratique.

Ce point de vue est applicable à la question de l'avortement. Au Canada, il appartient au Parlement de régler cette question. C'est au Parlement qu'il revient de formuler et de diriger la politique sociale, non pas parce qu'il possède une sagesse infinie et la connaissance de toutes choses, mais simplement parce que c'est précisément dans ce but que les députés sont élus dans une démocratie libre. De plus, le Parlement dispose des moyens (du fait qu'il est au courant de l'opinion publique) ainsi que du pouvoir politique de mettre à exécution ses décisions. J'approuve entièrement les observations suivantes que fait le juge Taylor dans la décision précitée, à la p. 12:

[TRADUCTION] La présente affaire sert peut-être à mettre en relief le fait que les tribunaux ne sont pas suffisamment au courant de l'opinion publique pour pouvoir s'acquitter de la tâche essentiellement «politique» qui consiste à soupeser les différents intérêts sociaux ou économiques et à faire un choix entre ces intérêts et aussi le fait qu'ils ne sont pas non plus à même de réunir les données qu'il leur faudrait pour pouvoir remplir cette fonction. Il se peut par ailleurs que le litige, quand il aura abouti, aura servi en outre à démontrer, à supposer que cela soit nécessaire, que, par la force des choses, le système judiciaire n'a pas la capacité des organes parlementaires d'agir promptement lorsque des facteurs d'ordre économique ou social indiquent qu'il est souhaitable de modifier la loi ni, ce qui est tout aussi important, celle de réagir promptement lorsqu'il s'avère qu'une telle modification n'a pas eu l'effet escompté ou que l'objectif visé n'est plus souhaitable.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

1. Question:

L'article 251 du *Code criminel* du Canada porte-t-il atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'al. 2a) et les art. 7, 12, 15, 27 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Answer:

No.

2. Question:

If section 251 of the *Criminal Code* of Canada infringes or denies the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(a), 7, 12, 15, 27 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is s. 251 justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer:

No answer is required.

3. Question:

Is section 251 of the *Criminal Code* of Canada *ultra vires* the Parliament of Canada?

Answer:

No.

4. Question:

Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada violate s. 96 of the *Constitution Act, 1867*?

Answer:

No.

5. Question:

Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada unlawfully delegate federal criminal power to provincial Ministers of Health or Therapeutic Abortion Committees, and in doing so, has the Federal Government abdicated its authority in this area?

Answer:

No.

6. Question:

Do sections 605 and 610(3) of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 11(d), 11(f), 11(h) and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Réponse:

Non.

a 2. Question:

Si l'article 251 du *Code criminel* du Canada porte atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'al. 2a) et les art. 7, 12, 15, 27 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse:

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

c 3. Question:

L'article 251 du *Code criminel* du Canada excède-t-il les pouvoirs du Parlement du Canada?

Réponse:

Non.

e 4. Question:

L'article 251 du *Code criminel* du Canada viole-t-il l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse:

Non.

f g 5. Question:

L'article 251 du *Code criminel* du Canada délègue-t-il illégalement la compétence fédérale en matière criminelle aux ministres de la Santé provinciaux ou aux comités de l'avortement thérapeutique et, ce faisant, le gouvernement fédéral a-t-il abdiqué son autorité dans ce domaine?

Réponse:

Non.

i 6. Question:

L'article 605 et le par. 610(3) du *Code criminel* du Canada portent-ils atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'art. 7, les al. 11d), 11f), 11h) et le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Answer:

With respect to s. 605, the answer is No. As to s. 610(3), I adopt the reasons of the Court of Appeal and say that no costs should be awarded.

7. Question:

If sections 605 and 610(3) of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 11(d), 11(f), 11(h) and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are ss. 605 and 610(3) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer:

No answer is required.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—At the heart of this appeal is the question whether a pregnant woman can, as a constitutional matter, be compelled by law to carry the foetus to term. The legislature has proceeded on the basis that she can be so compelled and, indeed, has made it a criminal offence punishable by imprisonment under s. 251 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, for her or her physician to terminate the pregnancy unless the procedural requirements of the section are complied with.

My colleagues, the Chief Justice and Justice Beetz, have attacked those requirements in reasons which I have had the privilege of reading. They have found that the requirements do not comport with the principles of fundamental justice in the procedural sense and have concluded that, since they cannot be severed from the provisions creating the substantive offence, the whole of s. 251 must fall.

With all due respect, I think that the Court must tackle the primary issue first. A consideration as to whether or not the procedural requirements for obtaining or performing an abortion comport with fundamental justice is purely academic if such requirements cannot as a constitutional matter be imposed at all. If a pregnant

Réponse:

La réponse est négative quant à l'art. 605. Pour ce qui est du par. 610(3), je suis d'avis d'adopter les motifs de la Cour d'appel et de ne pas accorder de dépens.

7. Question:

Si l'article 605 et le par. 610(3) du *Code criminel* du Canada portent atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'art. 7, les al. 11d), 11f), 11h) et le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse:

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON—La question au cœur de ce pourvoi est de savoir si une femme enceinte peut, sur le plan constitutionnel, être forcée par la loi à mener le fœtus à terme. Le législateur a tenu pour acquis qu'on pouvait l'y forcer et a d'ailleurs prévu, à l'art. 251 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, que l'interruption de grossesse par une femme ou son médecin, à moins que les exigences procédurales de cet article ne soient respectées, constitue une infraction criminelle punissable d'emprisonnement.

Mes collègues, le Juge en chef et le juge Beetz, ont attaqué ces exigences dans des motifs que j'ai eu l'avantage de lire. Ils ont jugé qu'elles ne respectent pas les principes de justice fondamentale sur le plan de la procédure et ont conclu que, puisqu'elles ne peuvent être séparées des dispositions de fond qui créent l'infraction, l'ensemble de l'art. 251 doit être invalidé.

Avec égards, je pense que la Cour doit s'attacher d'abord à la question fondamentale. Se demander si les exigences procédurales pour obtenir un avortement ou pour le pratiquer respectent ou non la justice fondamentale devient une question purement théorique si, sur le plan constitutionnel, ces exigences ne peuvent absolument pas

woman cannot, as a constitutional matter, be compelled by law to carry the foetus to term against her will, a review of the procedural requirements by which she may be compelled to do so seems pointless. Moreover, it would, in my opinion, be an exercise in futility for the legislature to expend its time and energy in attempting to remedy the defects in the procedural requirements unless it has some assurance that this process will, at the end of the day, result in the creation of a valid criminal offence. I turn, therefore, to what I believe is the central issue that must be addressed.

### 1. The Right of Access to Abortion

Section 7 of the *Charter* provides:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

I agree with the Chief Justice that we are not called upon in this case to delineate the full content of the right to life, liberty and security of the person. This would be an impossible task because we cannot envisage all the contexts in which such a right might be asserted. What we are asked to do, I believe, is define the content of the right in the context of the legislation under attack. Does section 251 of the *Criminal Code* which limits the pregnant woman's access to abortion violate her right to life, liberty and security of the person within the meaning of s. 7?

Leaving aside for the moment the implications of the section for the foetus and addressing only the s. 7 right of the pregnant woman, it seems to me that we can say with a fair degree of confidence that a legislative scheme for the obtaining of an abortion which exposes the pregnant woman to a threat to her security of the person would violate her right under s. 7. Indeed, we have already stated in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, that security of the person even on the purely physical level must encompass freedom from the threat of physical punishment or suffering as well as freedom from the actual punishment or suffering itself. In other words, the fact of exposure is enough to violate security of the person. I agree with the Chief Justice and Beetz J. who, for differing reasons,

être imposées. Si une femme enceinte ne peut, sur le plan constitutionnel, être forcée par la loi à mener le foetus à terme contre sa volonté, l'examen des exigences procédurales par lesquelles elle peut y être forcée perd sa raison d'être. En outre, il serait, à mon avis, futile pour le législateur de gaspiller temps et énergie à tenter de remédier aux défauts des exigences procédurales s'il n'a quelque assurance que ce faisant, une infraction criminelle valide sera en fin de compte créée. J'en viens donc à ce que je crois être le point central qu'il faut examiner.

### 1. Le droit à l'avortement

L'article 7 de la *Charte* porte:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Je conviens avec le Juge en chef qu'il ne nous est pas demandé dans cette affaire de délimiter dans tous ses aspects le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Ce serait là une tâche impossible car nous ne pouvons concevoir tous les contextes dans lesquels ce droit pourrait être revendiqué. Ce qu'on nous demande de faire, je crois, c'est de définir ce droit dans le contexte de la loi contestée. L'article 251 du *Code criminel* qui limite le recours d'une femme enceinte à l'avortement viole-t-il son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne au sens de l'art. 7?

Si nous mettons de côté pour le moment les incidences que peut avoir l'article pour le foetus et que nous nous intéressons uniquement au droit que l'art. 7 confère à la femme enceinte, il me semble que nous pouvons dire avec suffisamment de certitude qu'une structure législative régissant l'avortement qui menace la sécurité de la personne de la femme enceinte viole le droit que lui garantit l'art. 7. D'ailleurs, nous avons déjà dit dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, que la sécurité de la personne, même au niveau purement physique, doit comprendre la liberté d'être exempt de toute menace de châtement corporel ou de souffrance, tout autant que la liberté d'être exempt du châtement ou de la souffrance eux-mêmes. En d'autres termes, l'éventualité elle-même suffit pour qu'il y

find that pregnant women are exposed to a threat to their physical and psychological security under the legislative scheme set up in s. 251 and, since these are aspects of their security of the person, their s. 7 right is accordingly violated. But this, of course, does not answer the question whether even the ideal legislative scheme, assuming that it is one which poses no threat to the physical and psychological security of the person of the pregnant woman, would be valid under s. 7. I say this for two reasons: (1) because s. 7 encompasses more than the right to security of the person; it speaks also of the right to liberty, and (2) because security of the person may encompass more than physical and psychological security; this we have yet to decide.

It seems to me, therefore, that to commence the analysis with the premise that the s. 7 right encompasses only a right to physical and psychological security and to fail to deal with the right to liberty in the context of "life, liberty and security of the person" begs the central issue in the case. If either the right to liberty or the right to security of the person or a combination of both confers on the pregnant woman the right to decide for herself (with the guidance of her physician) whether or not to have an abortion, then we have to examine the legislative scheme not only from the point of view of fundamental justice in the procedural sense but in the substantive sense as well. I think, therefore, that we must answer the question: what is meant by the right to liberty in the context of the abortion issue? Does it, as Mr. Manning suggests, give the pregnant woman control over decisions affecting her own body? If not, does her right to security of the person give her such control? I turn first to the right to liberty.

#### (a) *The Right to Liberty*

In order to ascertain the content of the right to liberty we must, as Dickson C.J. stated in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, commence with an analysis of the purpose of the right. Quoting from the Chief Justice at p. 344:

ait atteinte à la sécurité de la personne. Je partage l'avis du Juge en chef et du juge Beetz qui, pour des raisons différentes, ont conclu que les femmes enceintes voient leur sécurité physique et psychologique menacée par la structure législative élaborée à l'art. 251 et, comme il s'agit là d'aspects de la sécurité de la personne, leur droit en vertu de l'art. 7 est par conséquent violé. Mais bien entendu, cela ne répond pas à la question de savoir si même une structure législative idéale, en présumant qu'elle ne constitue pas une menace à la sécurité physique et psychologique de la personne de la femme enceinte, serait valide en vertu de l'art. 7. Il y a deux raisons à cela: (1) parce que l'art. 7 englobe plus que le droit à la sécurité de la personne, il mentionne aussi le droit à la liberté, et (2) parce qu'il se peut que la sécurité de la personne englobe plus que la sécurité physique et psychologique; c'est ce que nous avons à décider.

Il me semble donc que prendre comme point de départ de l'analyse la prémisse que le droit de l'art. 7 ne comprend qu'un droit à la sécurité physique et psychologique, sans traiter du droit à la liberté, dans ce contexte de «la vie, la liberté et la sécurité de sa personne», c'est présumer résolue dès le départ la question centrale en litige. Si le droit à la liberté, le droit à la sécurité de la personne ou une combinaison des deux confèrent à la femme enceinte le droit de décider elle-même (sur les conseils de son médecin) d'avoir ou non un avortement, il nous faut alors examiner la structure législative non seulement du point de vue de la justice fondamentale quant à la procédure mais aussi quant au fond. Je pense donc que nous devons répondre à la question: qu'entend-on par le droit à la liberté dans le contexte de la question de l'avortement? Donne-t-il, comme M<sup>e</sup> Manning le prétend, à la femme enceinte le pouvoir de prendre des décisions relativement à son corps? Sinon, son droit à la sécurité de sa personne lui donne-t-il ce pouvoir? Je traiterai d'abord du droit à la liberté.

#### i) a) *Le droit à la liberté*

Pour déterminer ce que comprend le droit à la liberté, nous devons, comme le juge en chef Dickson le dit dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, procéder d'abord à l'analyse de l'objet de ce droit. Pour citer le Juge en chef, à la p. 344:

... the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter*'s protection.

We are invited, therefore, to consider the purpose of the *Charter* in general and of the right to liberty in particular.

The *Charter* is predicated on a particular conception of the place of the individual in society. An individual is not a totally independent entity disconnected from the society in which he or she lives. Neither, however, is the individual a mere cog in an impersonal machine in which his or her values, goals and aspirations are subordinated to those of the collectivity. The individual is a bit of both. The *Charter* reflects this reality by leaving a wide range of activities and decisions open to legitimate government control while at the same time placing limits on the proper scope of that control. Thus, the rights guaranteed in the *Charter* erect around each individual, metaphorically speaking, an invisible fence over which the state will not be allowed to trespass. The role of the courts is to map out, piece by piece, the parameters of the fence.

The *Charter* and the right to individual liberty guaranteed under it are inextricably tied to the concept of human dignity. Professor Neil MacCormick, Regius Professor of Public Law and the Law of Nature and Nations, University of Edinburgh, in his work entitled *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy* (1982), speaks of liberty as "a condition of human self-respect and of that contentment which resides in the ability to pursue one's own conception of a full and rewarding life" (p. 39). He says at p. 41:

To be able to decide what to do and how to do it, to carry out one's own decisions and accept their consequences, seems to me essential to one's self-respect as a

... l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*.

On nous invite donc à examiner l'objet de la *Charte* en général et du droit à la liberté en particulier.

La *Charte* est fondée sur une conception particulière de la place de l'individu dans la société. Un individu ne constitue pas une entité totalement coupée de la société dans laquelle il vit. Cependant l'individu n'est pas non plus un simple rouage impersonnel d'une machine subordonnant ses valeurs, ses buts et ses aspirations à celles de la collectivité. L'individu est un peu les deux. La *Charte* exprime cette réalité en laissant un vaste champ d'activités et de décisions au contrôle légitime du gouvernement, tout en fixant des bornes à l'étendue appropriée de ce contrôle. Ainsi, les droits garantis par la *Charte* érigent autour de chaque individu, pour parler métaphoriquement, une barrière invisible que l'État ne sera pas autorisé à franchir. Le rôle des tribunaux consiste à délimiter, petit à petit, les dimensions de cette barrière.

La *Charte* et le droit à la liberté individuelle qu'elle garantit sont inextricablement liés à la notion de dignité humaine. Neil MacCormick, professeur de droit public et de droit naturel et international à l'Université d'Édimbourg, dans son ouvrage intitulé *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy* (1982), parle de la liberté comme [TRADUCTION] "une condition du respect de soi et de la satisfaction que procure la capacité de réaliser sa propre conception d'une vie bien remplie, qui vaille la peine d'être vécue" (à la p. 39). Il dit à la p. 41:

[TRADUCTION] Pouvoir décider ce qu'on veut faire et comment le faire, pour concrétiser ses propres décisions, en en acceptant les conséquences, me semble essentiel au

human being, and essential to the possibility of that contentment. Such self-respect and contentment are in my judgment fundamental goods for human beings, the worth of life itself being on condition of having or striving for them. If a person were deliberately denied the opportunity of self-respect and that contentment, he would suffer deprivation of his essential humanity.

Dickson C.J. in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* makes the same point at p. 346:

It should also be noted, however, that an emphasis on individual conscience and individual judgment also lies at the heart of our democratic political tradition. The ability of each citizen to make free and informed decisions is the absolute prerequisite for the legitimacy, acceptability, and efficacy of our system of self-government. It is because of the centrality of the rights associated with freedom of individual conscience both to basic beliefs about human worth and dignity and to a free and democratic political system that American jurisprudence has emphasized the primacy or "firstness" of the First Amendment. It is this same centrality that in my view underlies their designation in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as "fundamental". They are the *sine qua non* of the political tradition underlying the *Charter*.

It was further amplified in Dickson C.J.'s discussion of *Charter* interpretation in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136:

A second contextual element of interpretation of s. 1 is provided by the words "free and democratic society". Inclusion of these words as the final standard of justification for limits on rights and freedoms refers the Court to the very purpose for which the *Charter* was originally entrenched in the Constitution: Canadian society is to be free and democratic. The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the

respect de soi en tant qu'être humain et essentiel pour parvenir à cette satisfaction. Ce respect de soi et cette satisfaction sont, à mon avis, des biens fondamentaux pour l'être humain, la vie elle-même ne valant la peine d'être vécue qu'à la condition de les éprouver ou de les rechercher. L'individu auquel on refuserait délibérément la possibilité de parvenir au respect de lui-même et à cette satisfaction se verrait privé de l'essence de son humanité.

Le juge en chef Dickson, dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, soutient le même point de vue, à la p. 346:

Toutefois, il faut aussi remarquer que l'insistance sur la conscience et le jugement individuels est également au cœur de notre tradition politique démocratique. La possibilité qu'à chaque citoyen de prendre des décisions libres et éclairées constitue la condition *sine qua non* de la légitimité, de l'acceptabilité et de l'efficacité de notre système d'auto-détermination. C'est précisément parce que les droits qui se rattachent à la liberté de conscience individuelle se situent au cœur non seulement des convictions fondamentales quant à la valeur et à la dignité de l'être humain, mais aussi de tout système politique libre et démocratique, que la jurisprudence américaine a insisté sur la primauté ou la prééminence du Premier amendement. À mon avis, c'est pour cette même raison que la *Charte canadienne des droits et libertés* parle de libertés «fondamentales». Celles-ci constituent le fondement même de la tradition politique dans laquelle s'insère la *Charte*.

Le juge en chef Dickson a approfondi ce point de vue dans son analyse de l'interprétation de la *Charte* dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136:

Un second élément contextuel d'interprétation de l'article premier est fourni par l'expression «société libre et démocratique». L'inclusion de ces mots à titre de norme finale de justification de la restriction des droits et libertés rappelle aux tribunaux l'objet même de l'enchéatement de la *Charte* dans la Constitution: la société canadienne doit être libre et démocratique. Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à



ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified.

The idea of human dignity finds expression in almost every right and freedom guaranteed in the *Charter*. Individuals are afforded the right to choose their own religion and their own philosophy of life, the right to choose with whom they will associate and how they will express themselves, the right to choose where they will live and what occupation they will pursue. These are all examples of the basic theory underlying the *Charter*, namely that the state will respect choices made by individuals and, to the greatest extent possible, will avoid subordinating these choices to any one conception of the good life.

Thus, an aspect of the respect for human dignity on which the *Charter* is founded is the right to make fundamental personal decisions without interference from the state. This right is a critical component of the right to liberty. Liberty, as was noted in *Singh*, is a phrase capable of a broad range of meaning. In my view, this right, properly construed, grants the individual a degree of autonomy in making decisions of fundamental personal importance.

This view is consistent with the position I took in the case of *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284. One issue raised in that case was whether the right to liberty in s. 7 of the *Charter* included a parent's right to bring up his children in accordance with his conscientious beliefs. In concluding that it did I stated at pp. 318-19:

I believe that the framers of the Constitution in guaranteeing "liberty" as a fundamental value in a free and democratic society had in mind the freedom of the individual to develop and realize his potential to the full, to plan his own life to suit his own character, to make his own choices for good or ill, to be non-conformist, idiosyncratic and even eccentric — to be, in to-day's parlance, "his own person" and accountable as such. John Stuart Mill described it as "pursuing our own good in our own way". This, he believed, we should be free to

l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constitue la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.

La notion de dignité humaine trouve son expression dans presque tous les droits et libertés garantis par la *Charte*. Les individus se voient offrir le droit de choisir leur propre religion et leur propre philosophie de vie, de choisir qui ils fréquenteront et comment ils s'exprimeront, où ils vivront et à quelle occupation ils se livreront. Ce sont tous là des exemples de la théorie fondamentale qui sous-tend la *Charte*, savoir que l'État respectera les choix de chacun et, dans toute la mesure du possible, évitera de subordonner ces choix à toute conception particulière d'une vie de bien.

Ainsi, un aspect du respect de la dignité humaine sur lequel la *Charte* est fondée est le droit de prendre des décisions personnelles fondamentales sans intervention de l'État. Ce droit constitue une composante cruciale du droit à la liberté. La liberté, comme nous l'avons dit dans l'arrêt *Singh*, est un terme susceptible d'une acception fort large. À mon avis, ce droit, bien interprété, confère à l'individu une marge d'autonomie dans la prise de décisions d'importance fondamentale pour sa personne.

Ce point de vue est conforme à la position que j'ai prise dans l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer notamment si le droit à la liberté énoncé à l'art. 7 de la *Charte* incluait le droit pour un père d'élever ses enfants conformément à ses croyances intimes. En concluant que c'était le cas, j'ai dit, aux pp. 318 et 319:

Je crois que les rédacteurs de la Constitution en garantissant la «liberté» en tant que valeur fondamentale d'une société libre et démocratique, avaient à l'esprit la liberté pour l'individu de se développer et de réaliser son potentiel au maximum, d'établir son propre plan de vie, en accord avec sa personnalité; de faire ses propres choix, pour le meilleur ou pour le pire, d'être non conformiste, original et même excentrique, d'être, en langage courant, «lui-même» et d'être responsable en tant que tel. John Stuart Mill décrit cela ainsi: [TRA-

do "so long as we do not attempt to deprive others of theirs or impede their efforts to obtain it". He added:

Each is the proper guardian of his own health, whether bodily or mental and spiritual. Mankind are greater gainers by suffering each other to live as seems good to themselves than by compelling each to live as seems good to the rest.

Liberty in a free and democratic society does not require the state to approve the personal decisions made by its citizens; it does, however, require the state to respect them.

This conception of the proper ambit of the right to liberty under our *Charter* is consistent with the American jurisprudence on the subject. While care must undoubtedly be taken to avoid a mechanical application of concepts developed in different cultural and constitutional contexts, I would respectfully agree with the observation of my colleague, Estey J., in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, at pp. 366-67:

With the *Constitution Act, 1982* comes a new dimension, a new yardstick of reconciliation between the individual and the community and their respective rights, a dimension which, like the balance of the Constitution, remains to be interpreted and applied by the Court.

The courts in the United States have had almost two hundred years experience at this task and it is of more than passing interest to those concerned with these new developments in Canada to study the experience of the United States courts.

As early as the 1920's the American Supreme Court employed the Fifth and Fourteenth Amendments to the American Constitution to give parents a degree of choice in the education of their children. In *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923), the Court struck down a law prohibiting the teaching of any subject in a language other than English. In *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925), an Oregon statute requiring all "normal children" to attend public school and thus prohibiting private school attendance was held to be unconstitutional. The Court in *Pierce* at pp. 534-35 characterized the interest being infringed

DUCTION] «rechercher notre propre bien, à notre façon». Nous devrions, pensait-il, être libre de le faire «dans la mesure où nous ne tentons pas de priver les autres du leur, ni d'entraver leurs efforts pour y parvenir». Il ajoutait:

[TRADUCTION] Chacun est le véritable gardien de sa propre santé, tant physique que mentale et spirituelle. L'humanité a plus à gagner à laisser chacun vivre comme cela lui semble bon, qu'à forcer chacun à vivre comme cela semble bon aux autres.

La liberté dans une société libre et démocratique n'oblige pas l'État à approuver les décisions personnelles de ses citoyens; elle l'oblige cependant à les respecter.

Cette conception de la portée qu'il convient de donner au droit à la liberté sous le régime de notre *Charte* est conforme à la jurisprudence américaine sur le sujet. Quoiqu'il faille sans doute prendre garde d'appliquer mécaniquement des concepts élaborés dans des contextes culturels et constitutionnels différents, je souscris à l'observation que fait le juge Estey dans l'arrêt *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, aux pp. 366 et 367:

La *Loi constitutionnelle de 1982* apporte une nouvelle dimension, un nouveau critère d'équilibre entre les individus et la société et leurs droits respectifs, une dimension qui, comme l'équilibre de la Constitution, devra être interprétée et appliquée par la Cour.

Les tribunaux américains ont presque deux cents ans d'expérience dans l'accomplissement de cette tâche, et l'analyse de leur expérience offre plus qu'un intérêt passager pour ceux qui s'intéressent à cette nouvelle évolution au Canada.

Dès les années 20, la Cour suprême des États-Unis a eu recours au Cinquième et au Quatorzième amendements de la Constitution américaine pour accorder aux parents une certaine latitude dans l'éducation de leurs enfants. Dans l'arrêt *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923), la Cour a annulé une loi interdisant l'enseignement, quelle que soit la matière, dans une langue autre que l'anglais. Dans l'arrêt *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925), une loi de l'Oregon obligeant tous les «enfants normaux» à fréquenter l'école publique, et leur interdisant par le fait même la fréquentation d'une école privée, a été jugée

as "the liberty of parents and guardians to direct the upbringing and education of children under their control".

The sanctity of the family was underlined by the decision in *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942), where the Supreme Court invalidated a state law authorizing the sterilization of individuals convicted of two or more crimes involving moral turpitude. While the law was struck down on the basis that it violated the equal protection clause of the Fourteenth Amendment, the Court had this to say of the interest at stake: "We are dealing here with legislation which involves one of the basic civil rights of man. Marriage and procreation are fundamental to the very existence and survival of the race" (at p. 541).

Later the Supreme Court was asked to determine the constitutionality of a Connecticut statute forbidding the use of contraceptives by married couples. In *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), the majority held this statute to be invalid. The judges writing for the majority used various constitutional routes to arrive at this conclusion but the common denominator seems to have been a profound concern over the invasion of the marital home required for the enforcement of the law. *Griswold* was interpreted by the Supreme Court in the later case of *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972), where the majority stated at p. 453:

It is true that in *Griswold* the right of privacy in question inhered in the marital relationship. Yet the marital couple is not an independent entity with a mind and heart of its own, but an association of two individuals each with a separate intellectual and emotional make up. If the right of privacy means anything, it is the right of the *individual*, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision whether to bear or beget a child.

In *Eisenstadt* the Court struck down a Massachusetts law that prohibited the distribution of any

inconstitutionnelle. Dans l'arrêt *Pierce*, aux pp. 534 et 535, la Cour a qualifié l'intérêt auquel on portait atteinte comme étant [TRADUCTION] «la liberté des parents et tuteurs de diriger l'éducation des enfants dont ils ont la garde et l'enseignement qui leur est donné».

Le caractère sacré de la famille a été souligné par l'arrêt *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942), où la Cour suprême a invalidé la loi d'un État qui autorisait la stérilisation des individus reconnus coupables de deux ou plusieurs crimes impliquant la turpitude morale. Quoique la loi ait été annulée parce qu'elle violait la clause de l'égalité de protection de la loi établie par le Quatorzième amendement, voici ce que la Cour a dit de l'intérêt en cause: [TRADUCTION] "Nous avons affaire ici à une loi qui touche aux droits civils fondamentaux de l'homme. Le mariage et la procréation sont fondamentaux pour l'existence et la survie mêmes de la race" (à la p. 541).

Ultérieurement, la Cour suprême a été appelée à statuer sur la constitutionnalité d'une loi du Connecticut interdisant aux gens mariés d'utiliser des contraceptifs. Dans l'arrêt *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), la majorité a jugé cette loi invalide. Les juges qui ont écrit au nom de la majorité ont emprunté diverses voies constitutionnelles pour arriver à cette conclusion, mais le dénominateur commun semble avoir été une profonde appréhension que l'application de la loi exige une incursion dans le foyer conjugal. La Cour suprême a interprété l'arrêt *Griswold* dans une affaire ultérieure, *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972), où elle a dit, à la majorité, à la p. 453:

[TRADUCTION] Il est vrai que dans l'arrêt *Griswold* le droit à la vie privée en cause a été considéré comme inhérent à la relation conjugale. Néanmoins le couple marié n'est pas une entité indépendante dotée d'un esprit et d'un cœur distincts, mais une association de deux individus, chacun pourvu de caractéristiques intellectuelles et émotionnelles distinctes. Si le droit à la vie privée signifie quelque chose, c'est bien le droit de l'*individu*, marié ou célibataire, d'être libre de toute intrusion gouvernementale injustifiée dans des domaines touchant si fondamentalement à la personne, comme la décision de porter ou de mettre au monde un enfant.

Dans l'arrêt *Eisenstadt*, la Cour a annulé une loi du Massachusetts qui interdisait la distribution de

drug for the purposes of contraception to unmarried persons on the ground that it violated the equal protection clause.

The equal protection clause was also used by the Supreme Court in *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967), to strike down legislation that purported to forbid inter-racial marriage. The Court tied its decision to the previous line of cases that protected basic choices relating to family life. It stated at p. 12: "The freedom to marry has long been recognized as one of the 'vital personal rights essential to the orderly pursuit of happiness by free men. Marriage is one of the 'basic civil rights of man,' fundamental to our very existence and survival . . . . [The] freedom to marry . . . resides with the individual . . ." Thus, by a process of accretion the scope of the right of individuals to make fundamental decisions affecting their private lives was elaborated in the United States on a case by case basis. The parameters of the fence were being progressively defined.

For our purposes the most interesting development in this area of American law are the decisions of the Supreme Court in *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), and its sister case *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973). In *Roe v. Wade* the Court held that a pregnant woman has the right to decide whether or not to terminate her pregnancy. This conclusion, the majority stated, was mandated by the body of existing law ensuring that the state would not be allowed to interfere with certain fundamental personal decisions such as education, child-rearing, procreation, marriage and contraception. The Court concluded that the right to privacy found in the Fourteenth Amendment guarantee of liberty "... is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy" (p. 153).

This right was not, however, to be taken as absolute. At some point the legitimate state interests in the protection of health, proper medical standards, and pre-natal life would justify its qualification. Lawrence H. Tribe, Professor of Law at Harvard University, in his work entitled

toute drogue à des fins de contraception aux gens non mariés pour le motif qu'elle violait la clause de l'égalité de protection de la loi.

a La Cour suprême a aussi eu recours à la clause de l'égalité de protection de la loi dans l'arrêt *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967), pour invalider une loi qui avait pour objet d'interdire les mariages raciaux mixtes. La Cour a lié sa décision à la b jurisprudence antérieure qui protégeait les choix fondamentaux en matière de vie familiale. Elle dit, à la p. 12: [TRADUCTION] «La liberté de se marier est reconnue depuis longtemps comme l'un des droits vitaux personnels essentiels à la recherche c méthodique du bonheur par les hommes libres. Le mariage est l'un des «droits civils fondamentaux de l'homme», le fondement de notre existence et de notre survie mêmes . . . [La] liberté de se marier d . . . réside chez l'individu». Ainsi, en quelque sorte par accretion, l'étendue du droit des individus de prendre des décisions fondamentales concernant leur vie privée a été élaborée cas par cas aux États-Unis. Les dimensions de la barrière ont ainsi e été progressivement définies.

Pour nos fins, les décisions concomitantes de la Cour suprême *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), et *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973), constituent f le développement le plus intéressant dans ce domaine du droit américain. Dans l'arrêt *Roe v. Wade*, la Cour a jugé qu'une femme enceinte a le droit de décider d'interrompre ou non sa grossesse. Cette conclusion, a dit la majorité, était imposée g par le corps de droit existant qui interdit à l'État d'intervenir dans certaines décisions personnelles fondamentales telles l'enseignement donné aux enfants et leur éducation, la procréation, le mariage et la contraception. La Cour a conclu que h le droit à la vie privée que l'on trouve dans la garantie de la liberté du Quatorzième amendement [TRADUCTION] «... est suffisamment large pour inclure la décision d'une femme d'interrompre ou i non sa grossesse» (à la p. 153).

Ce droit ne doit pas, toutefois, être considéré comme absolu. Parvenu à un certain point, les intérêts légitimes de l'État vis-à-vis de la protection de la santé, des normes médicales appropriées et de la vie fœtale justifient de le restreindre. Dans son ouvrage intitulé *American Constitutional Law*,

*American Constitutional Law* (1978), conveniently summarizes the limits the Court found to be inherent in the woman's right. I quote from pp. 924-25:

Specifically, the Court held that, because the woman's right to decide whether or not to end a pregnancy is fundamental, only a compelling interest can justify state regulation impinging in any way upon that right. During the first trimester of pregnancy, when abortion is less hazardous in terms of the woman's life than carrying the child to term would be, the state may require only that the abortion be performed by a licensed physician; no further regulations peculiar to abortion as such are compellingly justified in that period.

After the first trimester, the compelling state interest in the mother's health permits it to adopt reasonable regulations in order to promote safe abortions — but requiring abortions to be performed in hospitals, or only after approval of another doctor or committee in addition to the woman's physician, is impermissible, as is requiring that the abortion procedure employ a technique that, however preferable from a medical perspective, is not widely available.

Once the fetus is viable, in the sense that it is capable of survival outside the uterus with artificial aid, the state interest in preserving the fetus becomes compelling, and the state may thus proscribe its premature removal (i.e., its abortion) except to preserve the mother's life or health.

The decision in *Roe v. Wade* was re-affirmed by the Supreme Court in *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983), and again, though by a bare majority, in *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 106 S. Ct. 2169 (1986). In *Thornburgh*, Blackmun J., speaking for the majority, identifies the core value which the American courts have found to inhere in the concept of liberty. He states at pp. 2184-85:

Our cases long have recognized that the Constitution embodies a promise that a certain private sphere of individual liberty will be kept largely beyond the reach of government . . . [citations omitted] That promise extends to women as well as to men. Few decisions are more personal and intimate, more properly private, or more basic to individual dignity and autonomy, than a

1978, Lawrence H. Tribe, professeur de droit à l'Université Harvard, donne un résumé commode des limites que la Cour a jugé inhérentes au droit de la femme. Je cite les pp. 924 et 925:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Plus précisément, la Cour a jugé que, puisque le droit de la femme de décider d'interrompre ou non une grossesse est fondamental, seul un intérêt supérieur peut justifier une réglementation de l'État qui entraverait ce droit de quelque façon. Au cours du <sup>b</sup> premier trimestre de la grossesse, alors que l'avortement est moins dangereux pour la vie de la femme que mener la grossesse à terme le serait, tout ce que l'État peut exiger, c'est que l'avortement soit pratiqué par un médecin qualifié; aucune autre réglementation de l'avortement comme tel n'est impérieusement justifiée au cours de cette période.

Après le premier trimestre, l'intérêt supérieur de l'État dans la santé de la mère l'autorise à adopter une réglementation raisonnable afin de favoriser des avortements sans danger; mais exiger que les avortements ne soient pratiqués que dans des hôpitaux, ou uniquement après qu'un autre médecin ou comité aura donné son <sup>d</sup> aval, outre le médecin de la femme, ne saurait être autorisé, car ce serait exiger que la procédure d'avortement suive une technique qui, si préférable soit-elle dans <sup>e</sup> une optique médicale, n'est pas largement répandue.

Lorsque le fœtus devient viable, en ce sens qu'il peut survivre à l'extérieur de l'utérus pourvu qu'on l'aide artificiellement, l'intérêt de l'État dans la préservation <sup>f</sup> du fœtus devient supérieur et l'État peut alors interdire qu'on l'enlève prématurément (c.-à-d. le faire avorter) sauf pour préserver la vie ou la santé de la mère.

L'arrêt *Roe v. Wade* a été réaffirmé par la Cour <sup>g</sup> suprême dans l'arrêt *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983), et aussi, quoique par une très mince majorité, dans l'arrêt *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 106 S. <sup>h</sup> Ct. 2169 (1986). Dans l'arrêt *Thornburgh*, le juge Blackmun, s'exprimant au nom de la majorité, cerne la valeur centrale que les tribunaux américains ont jugé inhérente à la notion de liberté. Il <sup>i</sup> dit, aux pp. 2184 et 2185:

[TRADUCTION] Notre jurisprudence reconnaît depuis longtemps que la Constitution comporte la promesse qu'une certaine sphère privée de la liberté individuelle demeurera largement hors de portée du gouvernement <sup>j</sup> . . . [références omises]. Cette promesse vaut pour les femmes autant que pour les hommes. Peu de décisions sont aussi personnelles et intimes, aussi littéralement

woman's decision — with the guidance of her physician and within the limits specified in *Roe* — whether to end her pregnancy. A woman's right to make that choice freely is fundamental. Any other result, in our view, would protect inadequately a central part of the sphere of liberty that our law guarantees equally to all.

In my opinion, the respect for individual decision-making in matters of fundamental personal importance reflected in the American jurisprudence also informs the Canadian *Charter*. Indeed, as the Chief Justice pointed out in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, beliefs about human worth and dignity “are the *sine qua non* of the political tradition underlying the *Charter*”. I would conclude, therefore, that the right to liberty contained in s. 7 guarantees to every individual a degree of personal autonomy over important decisions intimately affecting their private lives.

The question then becomes whether the decision of a woman to terminate her pregnancy falls within this class of protected decisions. I have no doubt that it does. This decision is one that will have profound psychological, economic and social consequences for the pregnant woman. The circumstances giving rise to it can be complex and varied and there may be, and usually are, powerful considerations militating in opposite directions. It is a decision that deeply reflects the way the woman thinks about herself and her relationship to others and to society at large. It is not just a medical decision; it is a profound social and ethical one as well. Her response to it will be the response of the whole person.

It is probably impossible for a man to respond, even imaginatively, to such a dilemma not just because it is outside the realm of his personal experience (although this is, of course, the case) but because he can relate to it only by objectifying it, thereby eliminating the subjective elements of the female psyche which are at the heart of the dilemma. As Noreen Burrows, lecturer in European Law at the University of Glasgow, has point-

a privées ou aussi fondamentales pour la dignité et l'autonomie individuelles que la décision prise par une femme — sur les conseils de son médecin et dans les limites indiquées dans l'arrêt *Roe* — d'interrompre ou non une grossesse. Le droit de la femme de faire ce choix librement est fondamental. Toute autre conclusion, à notre avis, protégerait inadéquatement un aspect central de cette sphère de liberté que notre droit garantit également à tous.

b À mon avis, le respect du pouvoir décisionnel de l'individu dans des domaines d'importance personnelle aussi fondamentaux que traduit la jurisprudence américaine nous renseigne aussi sur la c *Charte* canadienne. D'ailleurs, comme le Juge en chef le rappelle dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, la foi en la valeur et en la dignité humaines «constitue [ . . . ] le fondement même de la tradition politique dans laquelle s'insère la d *Charte*». Je conclus donc que le droit à la liberté énoncé à l'art. 7 garantit à chaque individu une marge d'autonomie personnelle sur ses décisions importantes touchant intimement à sa vie privée.

e La question devient alors de savoir si la décision que prend une femme d'interrompre sa grossesse relève de cette catégorie de décisions protégées. Je n'ai pas de doute que ce soit le cas. Cette décision aura des conséquences psychologiques, économiques et sociales profondes pour la femme enceinte. Les circonstances qui y mènent peuvent être compliquées et multiples et il peut y avoir, comme c'est généralement le cas, des considérations puissantes en faveur de décisions opposées. C'est une décision qui reflète profondément l'opinion qu'une femme a d'elle-même, ses rapports avec les autres et avec la société en général. Ce n'est pas seulement une g décision d'ordre médical; elle est aussi profondément d'ordre social et éthique. La réponse qu'elle y h donne sera la réponse de tout son être.

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

ed out in her essay on "International Law and Human Rights: the Case of Women's Rights", in *Human Rights: From Rhetoric to Reality* (1986), the history of the struggle for human rights from the eighteenth century on has been the history of men struggling to assert their dignity and common humanity against an overbearing state apparatus. The more recent struggle for women's rights has been a struggle to eliminate discrimination, to achieve a place for women in a man's world, to develop a set of legislative reforms in order to place women in the same position as men (pp. 81-82). It has not been a struggle to define the rights of women in relation to their special place in the societal structure and in relation to the biological distinction between the two sexes. Thus, women's needs and aspirations are only now being translated into protected rights. The right to reproduce or not to reproduce which is in issue in this case is one such right and is properly perceived as an integral part of modern woman's struggle to assert her dignity and worth as a human being.

Given then that the right to liberty guaranteed by s. 7 of the *Charter* gives a woman the right to decide for herself whether or not to terminate her pregnancy, does s. 251 of the *Criminal Code* violate this right? Clearly it does. The purpose of the section is to take the decision away from the woman and give it to a committee. Furthermore, as the Chief Justice correctly points out, at p. 56, the committee bases its decision on "criteria entirely unrelated to [the pregnant woman's] own priorities and aspirations". The fact that the decision whether a woman will be allowed to terminate her pregnancy is in the hands of a committee is just as great a violation of the woman's right to personal autonomy in decisions of an intimate and private nature as it would be if a committee were established to decide whether a woman should be allowed to continue her pregnancy. Both these arrangements violate the woman's right to liberty by deciding for her something that she has the right to decide for herself.

droit européen à l'Université de Glasgow, le fait observer dans son essai "International Law and Human Rights: the Case of Women's Rights", dans *Human Rights: From Rhetoric to Reality* (1986), l'histoire du combat pour les droits de la personne, du dix-huitième siècle à aujourd'hui, est l'histoire des hommes qui ont lutté pour affirmer leur dignité et leur commune humanité contre un appareil d'État autoritaire. Plus récemment, la lutte pour la reconnaissance des droits des femmes a été un combat contre la discrimination, pour que les femmes trouvent une place dans un monde d'hommes, pour élaborer un ensemble de réformes législatives afin de placer les femmes sur le même pied que les hommes (aux pp. 81 et 82). Il ne s'agit pas d'une lutte pour définir les droits des femmes par rapport à leur position particulière dans la structure sociale et par rapport à la différence biologique entre les deux sexes. Ainsi les besoins et les aspirations des femmes se traduisent seulement aujourd'hui en des droits garantis. Le droit de se reproduire ou de ne pas se reproduire, qui est en cause en l'espèce, est l'un de ces droits et c'est à raison qu'on le considère comme faisant partie intégrante de la lutte contemporaine de la femme pour affirmer sa dignité et sa valeur en tant qu'être humain.

Étant donné alors que le droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte* confère à une femme le droit de décider elle-même d'interrompre ou non sa grossesse, l'art. 251 du *Code criminel* viole-t-il ce droit? Manifestement il le viole. L'article a pour objet d'enlever cette décision à la femme pour confier à un comité le soin de la prendre. En outre, comme le Juge en chef l'observe à juste titre, à la p. 56, le comité fonde sa décision sur "des critères totalement sans rapport avec ses [celles de la femme enceinte] propres priorités et aspirations". Le fait que la décision d'autoriser ou non une femme à interrompre sa grossesse soit dans les mains d'un comité est une violation tout aussi grave du droit de la femme à l'autonomie personnelle en matière de décision de nature intime et privée que serait celle d'établir un comité pour décider s'il faut autoriser une femme à mener sa grossesse à terme. Dans les deux cas, il y a violation du droit de la femme à la liberté, car on décide pour elle ce qu'elle a le droit de décider elle-même.

(b) *The Right to Security of the Person*

Section 7 of the *Charter* also guarantees everyone the right to security of the person. Does this, as Mr. Manning suggests, extend to the right of control over one's own body?

I agree with the Chief Justice and with Beetz J. that the right to "security of the person" under s. 7 of the *Charter* protects both the physical and psychological integrity of the individual. State enforced medical or surgical treatment comes readily to mind as an obvious invasion of physical integrity. Lamer J. held in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, that the right to security of the person entitled a person to be protected against psychological trauma as well — in that case the psychological trauma resulting from delays in the trial process under s. 11(b) of the *Charter*. He found that psychological trauma could take the form of "stigmatization of the accused, loss of privacy, stress and anxiety resulting from a multitude of factors, including possible disruption of family, social life and work, legal costs, uncertainty as to outcome and sanction". I agree with my colleague and I think that his comments are very germane to the instant case because, as the Chief Justice and Beetz J. point out, the present legislative scheme for the obtaining of an abortion clearly subjects pregnant women to considerable emotional stress as well as to unnecessary physical risk. I believe, however, that the flaw in the present legislative scheme goes much deeper than that. In essence, what it does is assert that the woman's capacity to reproduce is not to be subject to her own control. It is to be subject to the control of the state. She may not choose whether to exercise her existing capacity or not to exercise it. This is not, in my view, just a matter of interfering with her right to liberty in the sense (already discussed) of her right to personal autonomy in decision-making, it is a direct interference with her physical "person" as well. She is truly being treated as a means — a means to an end which she does not desire but over which she has no control. She is the passive recipient of a decision made by others as to whether her body is to be used to nurture a new life. Can there be anything that comports less with human dignity and self-respect? How can a woman in this

b) *Le droit à la sécurité de sa personne*

L'article 7 de la *Charte* garantit aussi à chacun le droit à la sécurité de sa personne. Cela va-t-il, comme le prétend M<sup>e</sup> Manning, jusqu'au droit à la maîtrise de son propre corps?

Je suis d'accord avec le Juge en chef et le juge Beetz pour dire que le droit de chacun à «la sécurité de sa personne» garanti par l'art. 7 de la *Charte* protège à la fois l'intégrité physique et psychologique de la personne. Les traitements médicaux ou chirurgicaux imposés par l'État viennent tout de suite à l'esprit comme exemples d'atteintes manifestes à l'intégrité corporelle. Le juge Lamer a conclu dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, qu'aux termes du droit à la sécurité de la personne on avait aussi le droit d'être protégé contre le traumatisme psychologique: dans cette affaire, le traumatisme psychologique résultait du retard à être jugé au sens de l'al. 11b) de la *Charte*. Il a conclu que le traumatisme psychologique pouvait prendre pour forme «la stigmatisation de l'accusé, l'atteinte à la vie privée, la tension et l'angoisse résultant d'une multitude de facteurs, y compris éventuellement les perturbations de la vie familiale, sociale et professionnelle, les frais de justice et l'incertitude face à l'issue et face à la peine». Je partage l'opinion de mon collègue et j'estime ses commentaires particulièrement appropriés en l'espèce car, comme le Juge en chef et le juge Beetz le soulignent, la structure législative actuelle d'obtention d'un avortement soumet clairement les femmes enceintes à une tension émotionnelle considérable ainsi qu'à un risque physique inutile. Je crois néanmoins que la faille dans la structure législative actuelle est beaucoup plus profonde. Essentiellement, ce qu'elle fait, c'est affirmer que la capacité de reproduction de la femme ne doit pas être soumise à son propre contrôle. Elle doit être soumise au contrôle de l'État. On ne lui permet pas de choisir d'exercer la capacité qui est la sienne ou de ne pas l'exercer. À mon avis, il ne s'agit pas seulement d'une entrave à son droit à la liberté au sens (déjà analysé) de son droit à son autonomie décisionnelle personnelle, c'est aussi une atteinte à sa «personne» physique. Elle est littéralement traitée comme un moyen, un moyen pour une fin qu'elle ne désire pas et qu'elle ne



position have any sense of security with respect to her person? I believe that s. 251 of the *Criminal Code* deprives the pregnant woman of her right to security of the person as well as her right to liberty.

## 2. The Scope of the Right under s. 7

I turn now to a consideration of the degree of personal autonomy the pregnant woman has under s. 7 of the *Charter* when faced with a decision whether or not to have an abortion or, to put it into the legislative context, the degree to which the legislature can deny the pregnant woman access to abortion without violating her s. 7 right. This involves a consideration of the extent to which the legislature can "deprive" her of it under the second part of s. 7 and the extent to which it can put "limits" on it under s. 1.

### (a) *The Principles of Fundamental Justice*

Does section 251 deprive women of their right to liberty and to security of the person "in accordance with the principles of fundamental justice"? I agree with Lamer J. who stated in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 513, that the principles of fundamental justice "cannot be given any exhaustive content or simple enumerative definition, but will take on concrete meaning as the courts address alleged violations of s. 7". In the same judgment Lamer J. also stated at p. 503:

In other words, the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system. They do not lie in the realm of general public policy but in the inherent domain of the judiciary as guardian of the justice system. Such an approach to the interpretation of "principles of fundamental justice" is consistent with the wording and structure of s. 7, the context of the section, *i.e.*, ss. 8 to 14, and the character and larger objects of the *Charter* itself. It provides meaningful content for the

contrôle pas. Elle subit une décision prise par d'autres sur l'éventuelle utilisation de son corps pour alimenter une nouvelle vie. Que peut-il y avoir de moins compatible avec la dignité humaine et le respect de soi? Comment une femme dans cette situation peut-elle entretenir un quelconque sentiment de sécurité à l'égard de sa personne? Je crois que l'art. 251 du *Code criminel* prive la femme enceinte à la fois de son droit à la sécurité de sa personne et de son droit à la liberté.

## 2. La portée du droit garanti par l'art. 7

J'examine maintenant le degré d'autonomie personnelle dont jouit la femme enceinte en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, lorsqu'elle a à prendre la décision de se faire avorter ou non ou, pour situer la question dans son cadre législatif, jusqu'à quel point le législateur peut refuser à la femme enceinte de se faire avorter sans violer le droit que lui garantit l'art. 7. Ceci amène à examiner dans quelle mesure le législateur peut y «porter atteinte», dans son cas, en vertu du second volet de l'art. 7 et dans quelle mesure il peut le restreindre par des «limites» en vertu de l'article premier.

### a) *Les principes de justice fondamentale*

L'article 251 prive-t-il les femmes de leur droit à la liberté et à la sécurité de leur personne «en conformité avec les principes de justice fondamentale»? Je partage l'opinion du juge Lamer lorsqu'il dit, dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 513, en parlant des principes de justice fondamentale, «on ne peut donner à ces mots un contenu exhaustif ou une simple définition par énumération; ils prendront un sens concret au fur et à mesure que les tribunaux étudieront des allégations de violation de l'art. 7.» Dans le même arrêt, le juge Lamer dit aussi, à la p. 503:

En d'autres mots, les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique. Ils relèvent non pas du domaine de l'ordre public en général, mais du pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire. Cette façon d'aborder l'interprétation de l'expression «principes de justice fondamentale» est conforme à la lettre et à l'économie de l'art. 7, au contexte de cet article, c.-à-d. les art. 8 à 14, ainsi qu'à la nature

s. 7 guarantee all the while avoiding adjudication of policy matters.

While Lamer J. draws mainly upon ss. 8 to 14 of the *Charter* to give substantive content to the principles of fundamental justice, he does not preclude, but seems rather to encourage, the idea that recourse may be had to other rights guaranteed by the *Charter* for the same purpose. The question, therefore, is whether the deprivation of the s. 7 right is in accordance not only with procedural fairness (and I agree with the Chief Justice and Beetz J. for the reasons they give that it is not) but also with the fundamental rights and freedoms laid down elsewhere in the *Charter*.

This approach to s. 7 is supported by comments made by La Forest J. in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309. He urged that the rights enshrined in the *Charter* should not be read in isolation. Rather, he states at p. 326:

... the *Charter* protects a complex of interacting values, each more or less fundamental to the free and democratic society that is Canada (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136), and the particularization of rights and freedoms contained in the *Charter* thus represents a somewhat artificial, if necessary and intrinsically worthwhile attempt to structure and focus the judicial exposition of such rights and freedoms. The necessity of structuring the discussion should not, however, lead us to overlook the importance of appreciating the manner in which the amplification of the content of each enunciated right and freedom imbues and informs our understanding of the value structure sought to be protected by the *Charter* as a whole and, in particular, of the content of the other specific rights and freedoms it embodies.

I believe, therefore, that a deprivation of the s. 7 right which has the effect of infringing a right guaranteed elsewhere in the *Charter* cannot be in accordance with the principles of fundamental justice.

In my view, the deprivation of the s. 7 right with which we are concerned in this case offends s. 2(a) of the *Charter*. I say this because I believe that the decision whether or not to terminate a pregnancy is essentially a moral decision, a matter of con-

et aux objets plus généraux de la *Charte* elle-même. Elle donne de la substance aux droits garantis par l'art. 7 tout en évitant de trancher des questions de politique générale.

<sup>a</sup> Quoique le juge Lamer puise surtout dans les art. 8 à 14 de la *Charte* pour donner une substance aux principes de justice fondamentale, il n'écarte pas l'idée, qu'il semble au contraire encourager, qu'on puisse recourir aux autres droits garantis par la *Charte* dans le même but. Il faut donc se demander si l'atteinte au droit garanti par l'art. 7 respecte non seulement l'équité en matière de procédure (et je suis d'accord avec les motifs que le Juge en chef et le juge Beetz donnent pour exposer que tel n'est pas le cas), mais aussi les droits et libertés fondamentaux énoncés ailleurs dans la *Charte*.

Les commentaires du juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, vont dans le sens de cette conception de l'art. 7. Il invite à ne pas interpréter les droits enchâssés dans la *Charte* isolément. Au contraire, dit-il, à la p. 326:

... la *Charte* sert à sauvegarder un ensemble complexe de valeurs interreliées, dont chacune constitue un élément plus ou moins fondamental de la société libre et démocratique qu'est le Canada (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136), et la spécification des droits et libertés dans la *Charte* représente en conséquence une tentative quelque peu artificielle, quoique nécessaire et intrinsèquement valable, de structurer et d'orienter l'expression judiciaire de ces mêmes droits et libertés. La nécessité d'une analyse structurée ne devrait toutefois pas nous amener à perdre de vue l'importance que revêt la manière dont l'élargissement de la portée de chaque droit et liberté énoncé donne sens et forme à notre compréhension du système de valeurs que vise à protéger la *Charte* dans son ensemble et, en particulier, à notre compréhension de la portée des autres droits et libertés qu'elle garantit.

Je crois donc qu'une atteinte au droit conféré par l'art. 7 qui a pour effet d'enfreindre un droit que garantit par ailleurs la *Charte* ne saurait être conforme aux principes de justice fondamentale.

À mon avis, l'atteinte au droit conféré par l'art. 7 qui nous intéresse en l'espèce enfreint l'al. 2a) de la *Charte*. Si je dis ceci, c'est que je crois que la décision d'interrompre ou non une grossesse est essentiellement une décision morale, une question

science. I do not think there is or can be any dispute about that. The question is: whose conscience? Is the conscience of the woman to be paramount or the conscience of the state? I believe, for the reasons I gave in discussing the right to liberty, that in a free and democratic society it must be the conscience of the individual. Indeed, s. 2(a) makes it clear that this freedom belongs to "everyone", i.e., to each of us individually. I quote the section for convenience:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:  
 (a) freedom of conscience and religion;

In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, Dickson C.J. made some very insightful comments about the nature of the right enshrined in s. 2(a) of the *Charter* at pp. 345-47:

Beginning, however, with the Independent faction within the Parliamentary party during the Commonwealth or Interregnum, many, even among those who shared the basic beliefs of the ascendent religion, came to voice opposition to the use of the State's coercive power to secure obedience to religious precepts and to extirpate non-conforming beliefs. The basis of this opposition was no longer simply a conviction that the State was enforcing the wrong set of beliefs and practices but rather the perception that belief itself was not amenable to compulsion. Attempts to compel belief or practice denied the reality of individual conscience and dishonoured the God that had planted it in His creatures. It is from these antecedents that the concepts of freedom of religion and freedom of conscience became associated, to form, as they do in s. 2(a) of our *Charter*, the single integrated concept of "freedom of conscience and religion".

What unites enunciated freedoms in the American First Amendment, in s. 2(a) of the *Charter* and in the provisions of other human rights documents in which they are associated is the notion of the centrality of individual conscience and the inappropriateness of governmental intervention to compel or to constrain its manifestation. In *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, the purpose of the *Charter* was identified, at p. 155, as "the unremitting protection of individual rights and liberties". It is easy to see the relationship between respect

de conscience. Je ne pense pas qu'on le conteste ni puisse le contester. La question qui se pose est donc: quelle conscience? La conscience de la femme doit-elle prévaloir sur la conscience de l'État? Je crois, pour les raisons que j'ai données dans mon analyse du droit à la liberté, que dans une société libre et démocratique ce doit être la conscience de l'individu. D'ailleurs l'al. 2a) dit clairement que cette liberté c'est celle de "chacun", c.-à-d. de chacun de nous pris individuellement. Je cite l'alinéa pour plus de commodité:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:  
 a) liberté de conscience et de religion;

Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, le juge en chef Dickson fait preuve d'une grande perspicacité dans ses commentaires sur la nature du droit enchâssé à l'al. 2a) de la *Charte*, aux pp. 345 à 347:

Toutefois, suivant le mouvement amorcé à l'époque du Commonwealth ou de l'Interregne par la faction dite «indépendante» au sein du parti parlementaire, bien des gens, même parmi les adeptes des croyances fondamentales de la religion dominante, ont fini par s'opposer à ce que le pouvoir coercitif de l'État soit utilisé pour assurer l'obéissance à des préceptes religieux et pour extirper les croyances non conformistes. Il s'agissait, à ce moment-là, non plus d'une opposition fondée simplement sur la conviction que l'État imposait l'observance des mauvaises croyances et pratiques, mais d'une opposition fondée sur le sentiment que la croyance elle-même n'était pas quelque chose qui pouvait être imposé. Toute tentative d'imposer l'observance de croyances et de pratiques constituait un déni de la réalité de la conscience individuelle et déshonorait le Dieu qui en avait doté Ses créatures. Voilà donc comment les concepts de la liberté de religion et de la liberté de conscience se sont rattachés pour former, comme c'est le cas à l'al. 2a) de notre *Charte*, une seule et unique notion qui est la «liberté de conscience et de religion».

Les libertés énoncées dans le Premier amendement de la Constitution des États-Unis, à l'al. 2a) de la *Charte* et dans les dispositions d'autres documents relatifs aux droits de la personne ont en commun la prééminence de la conscience individuelle et l'inopportunité de toute intervention gouvernementale visant à forcer ou à empêcher sa manifestation. L'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* précité, précise à la p. 155, que la *Charte* a pour objet «la protection constante des droits et libertés individuels». On voit facilement le rapport entre le respect de

for individual conscience and the valuation of human dignity that motivates such unremitting protection.

It should also be noted, however, that an emphasis on individual conscience and individual judgment also lies at the heart of our democratic political tradition. The ability of each citizen to make free and informed decisions is the absolute prerequisite for the legitimacy, acceptability, and efficacy of our system of self-government. It is because of the centrality of the rights associated with freedom of individual conscience both to basic beliefs about human worth and dignity and to a free and democratic political system that American jurisprudence has emphasized the primacy or "firstness" of the First Amendment. It is this same centrality that in my view underlies their designation in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as "fundamental". They are the *sine qua non* of the political tradition underlying the *Charter*.

Viewed in this context, the purpose of freedom of conscience and religion becomes clear. The values that underlie our political and philosophic traditions demand that every individual be free to hold and to manifest whatever beliefs and opinions his or her conscience dictates, provided *inter alia* only that such manifestations do not injure his or her neighbours or their parallel rights to hold and manifest beliefs and opinions of their own. Religious belief and practice are historically prototypical and, in many ways, paradigmatic of conscientiously-held beliefs and manifestations and are therefore protected by the *Charter*. Equally protected, and for the same reasons, are expressions and manifestations of religious non-belief and refusals to participate in religious practice. It may perhaps be that freedom of conscience and religion extends beyond these principles to prohibit other sorts of governmental involvement in matters having to do with religion. For the present case it is sufficient in my opinion to say that whatever else freedom of conscience and religion may mean, it must at the very least mean this: government may not coerce individuals to affirm a specific religious belief or to manifest a specific religious practice for a sectarian purpose. I leave to another case the degree, if any, to which the government may, to achieve a vital interest or objective, engage in coercive action which s. 2(a) might otherwise prohibit. [Emphasis added.]

The Chief Justice sees religious belief and practice as the paradigmatic example of conscientiously-held beliefs and manifestations and as such

la conscience individuelle et la valorisation de la dignité humaine qui motive cette protection constante.

Toutefois, il faut aussi remarquer que l'insistance sur la conscience et le jugement individuels est également au cœur de notre tradition politique démocratique. La possibilité qu'a chaque citoyen de prendre des décisions libres et éclairées constitue la condition sine qua non de la légitimité, de l'acceptabilité et de l'efficacité de notre système d'auto-détermination. C'est précisément parce que les droits qui se rattachent à la liberté de conscience individuelle se situent au cœur non seulement des convictions fondamentales quant à la valeur et à la dignité de l'être humain, mais aussi de tout système politique libre et démocratique, que la jurisprudence américaine a insisté sur la primauté ou la prééminence du Premier amendement. À mon avis, c'est pour cette même raison que la *Charte canadienne des droits et libertés* parle de libertés «fondamentales». Celles-ci constituent le fondement même de la tradition politique dans laquelle s'insère la *Charte*.

Vu sous cet angle, l'objet de la liberté de conscience et de religion devient évident. Les valeurs qui sous-tendent nos traditions politiques et philosophiques exigent que chacun soit libre d'avoir et de manifester les croyances et les opinions que lui dicte sa conscience, à la condition notamment que ces manifestations ne lèsent pas ses semblables ou leur propre droit d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles. Historiquement, la foi et la pratique religieuses sont, à bien des égards, des archétypes des croyances et manifestations dictées par la conscience et elles sont donc protégées par la *Charte*. La même protection s'applique, pour les mêmes motifs, aux expressions et manifestations d'incroyance et au refus d'observer les pratiques religieuses. Il se peut que la liberté de conscience et de religion outre passe ces principes et qu'elle ait pour effet d'interdire d'autres sortes d'ingérences gouvernementales dans les affaires religieuses. Aux fins de la présente espèce, il me paraît suffisant d'affirmer que, quels que soient les autres sens que peut avoir la liberté de conscience et de religion, elle doit à tout le moins signifier ceci: le gouvernement ne peut, dans un but sectaire, contraindre des personnes à professer une foi religieuse ou à pratiquer une religion en particulier. Je ne me prononce pas ici sur la question de savoir dans quelle mesure, s'il y a lieu, le gouvernement peut, en vue de réaliser un intérêt ou un objectif essentiel, exercer une coercition qui pourrait par ailleurs être interdite par l'al. 2a). [Je souligne.]

Le Juge en chef voit dans la foi et la pratique religieuses l'archétype de croyances et de manifestations dictées par la conscience et, de ce fait,

protected by the *Charter*. But I do not think he is saying that a personal morality which is not founded in religion is outside the protection of s. 2(a). Certainly, it would be my view that conscientious beliefs which are not religiously motivated are equally protected by freedom of conscience in s. 2(a). In so saying I am not unmindful of the fact that the *Charter* opens with an affirmation that "Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God . . ." But I am also mindful that the values entrenched in the *Charter* are those which characterize a free and democratic society.

As is pointed out by Professor Cyril E. M. Joad, then Head of the Department of Philosophy and Psychology at Birkbeck College, University of London, in *Guide to the Philosophy of Morals and Politics* (1938), the role of the state in a democracy is to establish the background conditions under which individual citizens may pursue the ethical values which in their view underlie the good life. He states at p. 801:

For the welfare of the state is nothing apart from the good of the citizens who compose it. It is no doubt true that a State whose citizens are compelled to go right is more efficient than one whose citizens are free to go wrong. But what then? To sacrifice freedom in the interests of efficiency, is to sacrifice what confers upon human beings their humanity. It is no doubt easy to govern a flock of sheep; but there is no credit in the governing, and, if the sheep were born as men, no virtue in the sheep.

Professor Joad further emphasizes at p. 803 that individuals in a democratic society can never be treated "merely as means to ends beyond themselves" because:

To the right of the individual to be treated as an end, which entails his right to the full development and expression of his personality, all other rights and claims must, the democrat holds, be subordinated. I do not know how this principle is to be defended any more than I can frame a defence for the principles of democracy and liberty.

Professor Joad stresses that the essence of a democracy is its recognition of the fact that the state is made for man and not man for the state (p. 805). He firmly rejects the notion that science

protégées par la *Charte*. Mais je ne pense pas qu'il dise qu'une morale personnelle qui n'est pas fondée sur la religion se trouve en dehors de la sphère de protection de l'al. 2a). Certainement, je serais d'avis que ce que l'on croit en conscience, sans motivation religieuse, est également protégé par la liberté de conscience garantie à l'al. 2a). En disant cela, je n'oublie pas que la *Charte* s'ouvre par l'affirmation que «le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu . . .» Mais je n'oublie pas non plus que les valeurs que consacre la *Charte* sont celles qui caractérisent une société libre et démocratique.

Comme l'a fait observer Cyril E. M. Joad, à l'époque chef du département de philosophie et de psychologie au Birkbeck College de l'Université de Londres, dans *Guide to the Philosophy of Morals and Politics* (1938), le rôle de l'État dans une démocratie consiste à créer les conditions de base qui permettent aux citoyens, pris individuellement, de chercher les valeurs éthiques qui à leurs yeux sous-tendent une vie de bien. Il dit, à la p. 801:

[TRADUCTION] Car le bien de l'État n'est rien sans le bien des citoyens qui le composent. Il est sans doute vrai qu'un État dont les citoyens sont forcés de suivre le droit chemin est plus efficace que celui où les citoyens sont libres de s'en écarter. Et alors? Sacrifier la liberté dans l'intérêt de l'efficacité, c'est sacrifier ce qui donne aux êtres humains leur humanité. Sans doute est-il facile de régenter un troupeau de moutons; mais il n'y a alors aucune gloire à gouverner et, si les moutons sont nés hommes, guère de vertu chez les moutons.

Le professeur Joad souligne encore, à la p. 803, que les individus dans une société démocratique ne peuvent jamais être traités [TRADUCTION] «comme un simple moyen pour des fins qui les dépassent», car:

[TRADUCTION] Au droit de l'individu d'être traité comme une fin, qui comporte son droit au plein développement et à la pleine expression de sa personnalité, tous les autres droits et prétentions doivent, prétend le démocrate, être subordonnés. Je ne sais comment défendre ce principe, tout comme je ne saurais concevoir une défense des principes démocratiques et de la liberté.

Le professeur Joad souligne que l'essence d'une démocratie est sa reconnaissance du fait que l'État est fait pour l'homme et non l'homme pour l'État (à la p. 805). Il rejette fermement la notion que la

provides a basis for subordinating the individual to the state. He says at pp. 805-6:

Human beings, it is said, are important only in so far as they fit into a biological scheme or assist in the furtherance of the evolutionary process. Thus each generation of women must accept as its sole function the production of children who will constitute the next generation who, in their turn, will devote their lives and sacrifice their inclinations to the task of producing a further generation, and so on *ad infinitum*. This is the doctrine of eternal sacrifice — “jam yesterday, jam tomorrow, but never jam today”. For, it may be asked, to what end should generations be produced, unless the individuals who compose them are valued in and for themselves, are, in fact, ends in themselves? There is no escape from the doctrine of the perpetual recurrence of generations who have value only in so far as they produce more generations, the perpetual subordination of citizens who have value only in so far as they promote the interests of the State to which they are subordinated, except in the individualist doctrine, which is also the Christian doctrine, that the individual is an end in himself.

It seems to me, therefore, that in a free and democratic society “freedom of conscience and religion” should be broadly construed to extend to conscientiously-held beliefs, whether grounded in religion or in a secular morality. Indeed, as a matter of statutory interpretation, “conscience” and “religion” should not be treated as tautologous if capable of independent, although related, meaning. Accordingly, for the state to take sides on the issue of abortion, as it does in the impugned legislation by making it a criminal offence for the pregnant woman to exercise one of her options, is not only to endorse but also to enforce, on pain of a further loss of liberty through actual imprisonment, one conscientiously-held view at the expense of another. It is to deny freedom of conscience to some, to treat them as means to an end, to deprive them, as Professor MacCormick puts it, of their “essential humanity”. Can this comport with fundamental justice? Was Blackmun J. not correct when he said in *Thornburgh, supra*, at p. 2185:

A woman's right to make that choice freely is fundamental. Any other result . . . would protect inadequately

science fournit un fondement pour subordonner l'individu à l'État. Il dit, aux pp. 805 et 806:

[TRADUCTION] Les êtres humains, dit-on, ne sont importants que dans la mesure où ils s'insèrent dans une structure biologique ou contribuent au processus évolutif. Ainsi chaque génération de femmes doit accepter comme unique fonction de produire les enfants qui formeront la génération suivante et qui, à leur tour, consacreront leur vie et sacrifieront leurs inclinations à la tâche de produire une autre génération, et ainsi de suite, *ad infinitum*. C'est là la doctrine de l'éternel sacrifice. «Confiture demain et confiture hier, mais jamais confiture aujourd'hui». Car, pourrait-on demander, pour quelle fin ces générations sont-elles produites, à moins que les individus qui les composent ne soient valorisés en eux-mêmes et pour eux-mêmes, et deviennent, en fait, des fins en eux-mêmes? On ne peut échapper à la doctrine du cycle perpétuel des générations n'ayant de valeur que dans la mesure où elles produisent d'autres générations, à la subordination perpétuelle des citoyens, qui n'auraient de valeur que dans la mesure où ils favorisent les intérêts de l'État auquel ils sont subordonnés, si ce n'est dans la doctrine individualiste, qui est aussi la doctrine chrétienne, que l'individu est une fin en lui-même.

Il me semble donc que, dans une société libre et démocratique, la “liberté de conscience et de religion” devrait être interprétée largement et s'étendre aux croyances dictées par la conscience, qu'elles soient fondées sur la religion ou sur une morale laïque. D'ailleurs, sur le plan de l'interprétation législative, les termes “conscience” et “religion” ne devraient pas être considérés comme tautologiques quand ils peuvent avoir un sens distinct, quoique relié. Par conséquent, lorsque l'État prend parti sur la question de l'avortement, comme il le fait dans la loi contestée en incriminant l'exercice par la femme enceinte d'une de ses options, non seulement il adopte mais aussi il impose, sous peine d'une autre perte de liberté par emprisonnement, une opinion dictée par la conscience des uns aux dépens d'une autre. C'est nier la liberté de conscience à certains, les traiter comme un moyen pour une fin, les priver, selon le mot du professeur MacCormick, de “l'essence de leur humanité”. Est-ce compatible avec la justice fondamentale? Le juge Blackmun n'a-t-il pas raison quand il dit dans l'arrêt *Thornburgh*, précité, à la p. 2185:

[TRADUCTION] Le droit de la femme de faire ce choix librement est fondamental. Toute autre conclusion [ . . . ]

a central part of the sphere of liberty that our law guarantees equally to all.

Legislation which violates freedom of conscience in this manner cannot, in my view, be in accordance with the principles of fundamental justice within the meaning of s. 7.

(b) *Section 1 of the Charter*

The majority of this Court held in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, that a deprivation of the s. 7 right in violation of the principles of fundamental justice in the substantive sense could nevertheless constitute a reasonable limit under s. 1 and be justified in a free and democratic society. It is necessary therefore to consider whether s. 251 of the *Criminal Code* can be saved under s. 1. The section provides:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

This section received judicial scrutiny by this Court in *R. v. Oakes*, *supra*. Dickson C.J., speaking for the majority, set out two criteria which must be met if the limit is to be found reasonable: (1) the objective which the legislation is designed to achieve must relate to concerns which are pressing and substantial; and (2) the means chosen must be proportional to the objective sought to be achieved. The Chief Justice identified three important components of proportionality at p. 139:

First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in the first sense, should impair "as little as possible" the right or freedom in question: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the *Charter* right or freedom, and the objective which has been identified as of "sufficient importance".

protégerait inadéquatement un aspect central de cette sphère de liberté que notre droit garantit également à tous.

a Une loi qui viole la liberté de conscience de cette manière ne saurait, à mon avis, être conforme aux principes de justice fondamentale au sens de l'art. 7.

b) *L'article premier de la Charte*

c Cette Cour, à la majorité, a jugé dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, qu'une atteinte au droit garanti par l'art. 7, en violation des principes de justice fondamentale sur le plan du fond, pouvait néanmoins constituer une limite raisonnable au sens de l'article premier et être justifiée dans une société libre et démocratique. Il est donc nécessaire de rechercher si l'art. 251 du *Code criminel* peut être sauvegardé en vertu de l'article premier. Cet article porte:

e 1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

f La Cour a étudié cet article dans son arrêt *R. c. Oakes*, précité. Le juge en chef Dickson, au nom de la majorité, y énonce deux critères qui doivent être respectés pour que la limite soit jugée raisonnable: 1) l'objectif pour lequel la loi a été conçue doit être lié à des préoccupations urgentes et réelles; 2) les moyens choisis doivent être proportionnels à l'objectif recherché. Le Juge en chef discerne trois composantes importantes de la proportionnalité, à la p. 139:

g Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* précité, à la p. 352. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et l'objectif reconnu comme «suffisamment important».

Does section 251 meet this test?

In my view, the primary objective of the impugned legislation must be seen as the protection of the foetus. It undoubtedly has other ancillary objectives, such as the protection of the life and health of pregnant women, but I believe that the main objective advanced to justify a restriction on the pregnant woman's s. 7 right is the protection of the foetus. I think this is a perfectly valid legislative objective.

Miss Wein submitted on behalf of the Crown that the Court of Appeal was correct in concluding at p. 378 that "the situation respecting a woman's right to control her own person becomes more complex when she becomes pregnant, and that some statutory control may be appropriate". I agree. I think s. 1 of the *Charter* authorizes reasonable limits to be put upon the woman's right having regard to the fact of the developing foetus within her body. The question is: at what point in the pregnancy does the protection of the foetus become such a pressing and substantial concern as to outweigh the fundamental right of the woman to decide whether or not to carry the foetus to term? At what point does the state's interest in the protection of the foetus become "compelling" and justify state intervention in what is otherwise a matter of purely personal and private concern?

In *Roe v. Wade, supra*, the United States Supreme Court held that the state's interest became compelling when the foetus became viable, i.e., when it could exist outside the body of the mother. As Miss Wein pointed out, no particular justification was advanced by the Court for the selection of viability as the relevant criterion. The Court expressly avoided the question as to when human life begins. Blackmun J. stated at p. 159:

We need not resolve the difficult question of when life begins. When those trained in the respective disciplines of medicine, philosophy, and theology are unable to arrive at any consensus, the judiciary, at this point in the development of man's knowledge, is not in a position to speculate as to the answer.

L'article 251 répond-il à ce critère?

À mon avis, il faut voir dans l'objectif premier de la loi contestée la protection du fœtus. Elle a sans doute d'autres objectifs secondaires, telle la protection de la vie et de la santé de la femme enceinte, mais je crois que l'objectif principal invoqué pour justifier la restriction du droit de la femme enceinte garanti par l'art. 7 est la protection du fœtus. J'estime que c'est là un objectif législatif parfaitement valide.

M<sup>e</sup> Wein a soutenu au nom du ministère public que la Cour d'appel pouvait, à bon droit, conclure que [TRADUCTION] «la situation du droit de la femme à être maîtresse de sa propre personne se complique lorsqu'elle devient enceinte et qu'un certain contrôle de la loi peut se révéler approprié» (à la p. 378). J'en conviens. Je pense que l'article premier de la *Charte* permet de fixer des limites raisonnables au droit de la femme compte tenu du fœtus qui se développe dans son corps. Il faut donc se demander à quel stade de la grossesse, la protection du fœtus devient-elle urgente et revêt-elle une importance réelle telle qu'elle prévaut sur le droit fondamental de la femme de décider de le mener ou non à terme? À quel stade l'intérêt qu'a l'État à protéger le fœtus devient-il «supérieur» et justifie-t-il son intervention dans ce qui, autrement, ne serait qu'une question purement personnelle et privée?

Dans l'arrêt *Roe v. Wade*, précité, la Cour suprême des États-Unis a jugé que l'intérêt de l'État doit prévaloir lorsque le fœtus devient viable, c'est-à-dire lorsqu'il peut vivre à l'extérieur du corps de la mère. Comme M<sup>e</sup> Wein l'a fait observer, la Cour n'a proposé aucune justification particulière pour le choix du critère de la viabilité. La Cour a expressément évité la question du moment où la vie humaine commence. Le juge Blackmun dit, à la p. 159:

[TRADUCTION] Nous n'avons pas à résoudre la difficile question du moment où commence la vie. Lorsque les spécialistes de ces disciplines respectives que sont la médecine, la philosophie et la théologie sont incapables d'arriver à un consensus, le pouvoir judiciaire, à ce point du développement des connaissances humaines, n'est pas en mesure de conjecturer une réponse.



He referred, therefore, to the developing foetus as "potential life" and to the state's interest as "the protection of potential life".

Miss Wein submitted that it was likewise not necessary for the Court in this case to decide when human life begins although she acknowledged that the value to be placed on "potential life" was significant in assessing the importance of the legislative objective sought to be achieved by s. 251. It would be my view, and I think it is consistent with the position taken by the United States Supreme Court in *Roe v. Wade*, that the value to be placed on the foetus as potential life is directly related to the stage of its development during gestation. The undeveloped foetus starts out as a newly fertilized ovum; the fully developed foetus emerges ultimately as an infant. A developmental progression takes place in between these two extremes and, in my opinion, this progression has a direct bearing on the value of the foetus as potential life. It is a fact of human experience that a miscarriage or spontaneous abortion of the foetus at six months is attended by far greater sorrow and sense of loss than a miscarriage or spontaneous abortion at six days or even six weeks. This is not, of course, to deny that the foetus is potential life from the moment of conception. Indeed, I agree with the observation of O'Connor J., dissenting in *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, *supra*, at p. 461, (referred to by my colleague Beetz J. in his reasons, at p. 113) that the foetus is potential life from the moment of conception. It is simply to say that in balancing the state's interest in the protection of the foetus as potential life under s. 1 of the *Charter* against the right of the pregnant woman under s. 7 greater weight should be given to the state's interest in the later stages of pregnancy than in the earlier. The foetus should accordingly, for purposes of s. 1, be viewed in differential and developmental terms: see L. W. Sumner, Professor of Philosophy at the University of Toronto, *Abortion and Moral Theory* (1981), pp. 125-28.

Il qualifie donc le fœtus en développement de [TRADUCTION] «vie potentielle» et l'intérêt de l'État comme étant [TRADUCTION] «la protection d'une vie potentielle».

a

M<sup>c</sup> Wein a fait valoir qu'il n'était de même pas nécessaire qu'en l'espèce la Cour décide du moment où commence la vie quoiqu'elle ait reconnu que la valeur attribuée à une "vie potentielle" devait être prise en compte dans l'évaluation de l'importance de l'objectif législatif recherché par l'art. 251. Je serais d'avis, et je pense que ce point de vue est compatible avec la position prise par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Roe v. Wade*, que la valeur attribuée au fœtus en tant que vie potentielle est directement reliée au stade de son développement au cours de la grossesse. Le fœtus au stade embryonnaire provient d'un ovule nouvellement fécondé; le fœtus totalement développé devient en définitive un nouveau-né. Le développement progresse entre ces deux extrêmes et, à mon avis, cette progression influe directement sur la valeur à attribuer au fœtus en tant que vie potentielle. Il ressort en fait de l'expérience humaine qu'une fausse-couche ou un avortement spontané du fœtus à six mois cause un chagrin et une épreuve beaucoup plus grands qu'une fausse-couche ou un avortement spontané à six jours ou même à six semaines. Ceci ne revient évidemment pas à nier que le fœtus soit une vie potentielle dès le moment de la conception. De fait, je suis d'accord avec le commentaire du juge O'Connor, dissidente, dans l'affaire *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, précitée, à la p. 461 (citée par le juge Beetz dans ses motifs, à la p. 113) que le fœtus est une vie potentielle dès le moment de la conception. Cela revient simplement à dire qu'en soupesant l'intérêt qu'a l'État à protéger le fœtus en tant que vie potentielle en vertu de l'article premier de la *Charte* et le droit de la femme enceinte en vertu de l'art. 7, un plus grand poids devrait être donné à l'intérêt de l'État dans les derniers stades de la grossesse que dans les premiers. On devrait donc considérer le fœtus, aux fins de l'article premier, en termes de développement et de phases: voir L. W. Sumner, professeur de philosophie à l'Université de Toronto, *Abortion and Moral Theory* (1981), aux pp. 125 à 128.

b

c

d

e

f

g

h

i

j

As Professor Sumner points out, both traditional approaches to abortion, the so-called "liberal" and "conservative" approaches, fail to take account of the essentially developmental nature of the gestation process. A developmental view of the foetus, on the other hand, supports a permissive approach to abortion in the early stages of pregnancy and a restrictive approach in the later stages. In the early stages the woman's autonomy would be absolute; her decision, reached in consultation with her physician, not to carry the foetus to term would be conclusive. The state would have no business inquiring into her reasons. Her reasons for having an abortion would, however, be the proper subject of inquiry at the later stages of her pregnancy when the state's compelling interest in the protection of the foetus would justify it in prescribing conditions. The precise point in the development of the foetus at which the state's interest in its protection becomes "compelling" I leave to the informed judgment of the legislature which is in a position to receive guidance on the subject from all the relevant disciplines. It seems to me, however, that it might fall somewhere in the second trimester. Indeed, according to Professor Sumner (p. 159), a differential abortion policy with a time limit in the second trimester is already in operation in the United States, Great Britain, France, Italy, Sweden, the Soviet Union, China, India, Japan and most of the countries of Eastern Europe although the time limits vary in these countries from the beginning to the end of the second trimester (cf. Stephen L. Isaacs, "Reproductive Rights 1983: An International Survey" (1982-83), 14 *Columbia Human Rights Law Rev.* 311, with respect to France and Italy).

Section 251 of the *Criminal Code* takes the decision away from the woman at all stages of her pregnancy. It is a complete denial of the woman's constitutionally protected right under s. 7, not merely a limitation on it. It cannot, in my opinion, meet the proportionality test in *Oakes*. It is not sufficiently tailored to the legislative objective and does not impair the woman's right "as little as possible". It cannot be saved under s. 1. Accordingly, even if the section were to be amended to

Comme le fait observer le professeur Sumner, les deux approches traditionnelles de l'avortement, les approches dites "libérale" et "conservatrice", ne tiennent pas compte de la nature essentiellement évolutive de la grossesse. Une conception du fœtus fondée sur le stade de développement, d'autre part, appuie une approche permissive de l'avortement dans les premiers stades de la grossesse et une approche restrictive dans les derniers stades. Dans les premiers stades, l'autonomie de la femme serait absolue; sa décision, prise en consultation avec son médecin, de ne pas mener le fœtus à terme serait décisive. L'État n'aurait pas à connaître ses raisons. Ses raisons d'avoir un avortement pourraient toutefois, à bon droit, faire l'objet d'une investigation dans les derniers stades de sa grossesse, alors que l'intérêt supérieur qu'a l'État de protéger le fœtus justifierait l'imposition de conditions. Quant au point précis du développement du fœtus où l'intérêt qu'a l'État de le protéger devient "supérieur", je laisse le soin de le fixer au jugement éclairé du législateur, qui est en mesure de recevoir des avis à ce sujet de l'ensemble des disciplines pertinentes. Il me semble cependant que ce point pourrait se situer quelque part au cours du second trimestre. D'ailleurs, d'après le professeur Sumner (à la p. 159), une politique d'avortement en fonction de phases, avec une limite placée au cours du second trimestre, est déjà en vigueur aux États-Unis, en Grande-Bretagne, en France, en Italie, en Suède, en Union soviétique, en Chine, en Inde, au Japon et dans la plupart des pays de l'Europe de l'Est, le délai variant, selon les pays, du début à la fin du second trimestre (cf. Stephen L. Isaacs, "Reproductive Rights 1983: An International Survey" (1982-83), 14 *Columbia Human Rights Law Rev.* 311, en ce qui concerne la France et l'Italie).

L'article 251 du *Code criminel* enlève cette décision à la femme à tous les stades de la grossesse. C'est une dénégation complète du droit constitutionnellement garanti à la femme par l'art. 7, non une simple limitation de celui-ci. L'article ne saurait, à mon avis, répondre au critère de proportionnalité de l'arrêt *Oakes*. Il n'est pas suffisamment adapté à l'objectif législatif et ne porte pas atteinte au droit de la femme «le moins possible». Il ne saurait être sauvegardé en vertu de l'article pre-

remedy the purely procedural defects in the legislative scheme referred to by the Chief Justice and Beetz J. it would, in my opinion, still not be constitutionally valid.

One final word. I wish to emphasize that in these reasons I have dealt with the existence of the developing foetus merely as a factor to be considered in assessing the importance of the legislative objective under s. 1 of the *Charter*. I have not dealt with the entirely separate question whether a foetus is covered by the word "everyone" in s. 7 so as to have an independent right to life under that section. The Crown did not argue it and it is not necessary to decide it in order to dispose of the issues on this appeal.

### 3. Disposition

I would allow the appeal. I would strike down s. 251 of the *Criminal Code* as having no force or effect under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. I would answer the first constitutional question in the affirmative as regards s. 7 of the *Charter* and the second constitutional question in the negative. I would answer questions 3, 4 and 5 in the negative and question 6 in the manner proposed by Beetz J. It is not necessary to answer question 7.

I endorse the Chief Justice's critical comments on Mr. Manning's concluding remarks to the jury.

*Appeal allowed, MCINTYRE and LA FOREST JJ. dissenting. The first constitutional question should be answered in the affirmative as regards s. 7 only and the second in the negative as regards s. 7 only. The third, fourth and fifth constitutional questions should be answered in the negative. The sixth constitutional question should be answered in the negative with respect to s. 605 of the Criminal Code and should not be answered as regards s. 610(3). The seventh constitutional question should not be answered.*

mier. Par conséquent, même si l'article devait être modifié pour remédier aux vices de procédure de la structure législative dont ont parlé le Juge en chef et le juge Beetz, il demeurerait, à mon avis, <sup>a</sup> inconstitutionnel.

Un dernier mot. Je désire souligner que dans ces motifs je n'ai traité du fœtus en développement que dans la mesure où il s'agissait d'un facteur <sup>b</sup> dont il fallait tenir compte pour évaluer l'importance de l'objectif législatif, au regard de l'article premier de la *Charte*. Je n'ai pas traité de la question entièrement distincte de savoir si le terme «chacun», à l'art. 7, vise aussi le fœtus, lui conférant un droit indépendant à la vie en vertu de <sup>c</sup> l'article. Le ministère public n'en a pas débattu et il n'est pas nécessaire de la trancher pour statuer sur les questions en litige en l'espèce.

### <sup>d</sup> 3. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'art. 251 du *Code criminel* parce qu'inopérant en <sup>e</sup> vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Je suis également d'avis de répondre à la première question constitutionnelle par l'affirmative en ce qui concerne l'art. 7 de la *Charte*, et à la seconde question constitutionnelle par la négative. <sup>f</sup> Je réponds aux troisième, quatrième et cinquième questions par la négative et à la sixième question de la manière proposée par le juge Beetz. Il n'est pas nécessaire de répondre à la septième question.

<sup>g</sup> J'adopte les critiques du Juge en chef à l'égard des observations finales adressées par M<sup>e</sup> Manning au jury.

<sup>h</sup> *Pourvoi accueilli, les juges MCINTYRE et LA FOREST étant dissidents. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative en ce qui concerne l'art. 7 uniquement et la deuxième question une réponse négative en ce qui concerne l'art. 7 uniquement. Les troisième, quatrième et cinquième questions reçoivent une réponse négative. La sixième question reçoit une réponse négative en ce qui concerne l'art. 605 du Code criminel et aucune réponse en ce qui concerne le par. 610(3). Il n'est pas nécessaire de répondre à la septième question.*

*Solicitor for the appellants: Morris Manning,  
Toronto.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General  
for Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener: Frank Iacobucci,  
Ottawa.*

*Procureur des appelants: Morris Manning,  
Toronto.*

*Procureur de l'intimé: Procureur général de  
l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant: Frank Iacobucci,  
Ottawa.*