

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^r Henry Morgentaler, D^r Leslie Frank Smoling et D^r Robert Scott *Appellants*

c.

^a **Sa Majesté La Reine** *Intimée*

et

Le procureur général du Canada *Intervenant*

^b RÉPERTORIÉ: R. C. MORGENTALER

N^o du greffe: 19556.

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

^c 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

^d *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.*

^e *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.*

^f *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).*

^g *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*

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^r Henry Morgentaler, le D^r Leslie Frank Smoling et le D^r 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'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*. 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:

- | | |
|--|---|
| <p>1. Does section 251 of the <i>Criminal Code</i> of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(a), 7, 12, 15, 27 and 28 of the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>?</p> <p>2. If section 251 of the <i>Criminal Code</i> of Canada infringes or denies the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(a), 7, 12, 15, 27 and 28 of the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>, is s. 251 justified by s. 1 of the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> and therefore not inconsistent with the <i>Constitution Act, 1982</i>?</p> <p>3. Is section 251 of the <i>Criminal Code</i> of Canada <i>ultra vires</i> the Parliament of Canada?</p> <p>4. Does section 251 of the <i>Criminal Code</i> of Canada violate s. 96 of the <i>Constitution Act, 1867</i>?</p> <p>5. Does section 251 of the <i>Criminal Code</i> 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?</p> <p>6. Do sections 605 and 610(3) of the <i>Criminal Code</i> of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 11(d), 11(f), 11(h) and 24(1) of the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>?</p> <p>7. If sections 605 and 610(3) of the <i>Criminal Code</i> of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 11(d), 11(f), 11(h) and 24(1) of the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>, are ss. 605 and 610(3) justified by s. 1 of the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> and therefore not inconsistent with the <i>Constitution Act, 1982</i>?</p> | <p>1. L'article 251 du <i>Code criminel</i> 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 <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>?</p> <p>2. Si l'article 251 du <i>Code criminel</i> 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 <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>, est-il justifié par l'article premier de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> et donc compatible avec la <i>Loi constitutionnelle de 1982</i>?</p> <p>3. L'article 251 du <i>Code criminel</i> du Canada excède-t-il les pouvoirs du Parlement du Canada?</p> <p>4. L'article 251 du <i>Code criminel</i> du Canada viole-t-il l'art. 96 de la <i>Loi constitutionnelle de 1867</i>?</p> <p>5. L'article 251 du <i>Code criminel</i> 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?</p> <p>6. L'article 605 et le par. 610(3) du <i>Code criminel</i> 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 <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>?</p> <p>7. Si l'article 605 et le par. 610(3) du <i>Code criminel</i> 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 <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>, sont-ils justifiés par l'article premier de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> et donc compatibles avec la <i>Loi constitutionnelle de 1982</i>?</p> |
|--|---|

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

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

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^e 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 brosser 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 «des 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 "détermination" 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 intervener, 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):

^a [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

^b 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.

^d 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 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 d'un curetage, est normalement utilisée en Amérique du Nord. De la treizième à la seizième semaines, la méthode, plus dangereuse, de la dilatation 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 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 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*.)

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^r 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'angoisse 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.

^c 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.

^d 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 ^e 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 ^f atteinte supplémentaire au droit à la sécurité de la ^g personne.

Dans son mémoire supplémentaire et au cours des plaidoiries, le ministère public a soutenu que ^h les éléments de preuve relatifs à ce qu'on pourrait qualifier de «dents 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 ⁱ présume donc que les atteintes aux intérêts physiques ou psychologiques des individus causées par l'art. 251 du *Code criminel* ne constituent pas une ^j 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 subs. (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).

c

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.

e

f

g

h

i

j

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. 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 contingerter 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 ministère 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^e 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^e 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^e 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^e 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^e 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^e Wein a finalement concédé que tout l'art. 251 doit tomber s'il enfreint l'art. 7. M^e 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