

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*

Answer:

With respect to s. 605, the answer is No. As to s. 610(3), I adopt the reasons of the Court of Appeal and say that no costs should be awarded.

7. Question:

If sections 605 and 610(3) of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 11(d), 11(f), 11(h) and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are ss. 605 and 610(3) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer:

No answer is required.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—At the heart of this appeal is the question whether a pregnant woman can, as a constitutional matter, be compelled by law to carry the foetus to term. The legislature has proceeded on the basis that she can be so compelled and, indeed, has made it a criminal offence punishable by imprisonment under s. 251 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, for her or her physician to terminate the pregnancy unless the procedural requirements of the section are complied with.

My colleagues, the Chief Justice and Justice Beetz, have attacked those requirements in reasons which I have had the privilege of reading. They have found that the requirements do not comport with the principles of fundamental justice in the procedural sense and have concluded that, since they cannot be severed from the provisions creating the substantive offence, the whole of s. 251 must fall.

With all due respect, I think that the Court must tackle the primary issue first. A consideration as to whether or not the procedural requirements for obtaining or performing an abortion comport with fundamental justice is purely academic if such requirements cannot as a constitutional matter be imposed at all. If a pregnant

Réponse:

La réponse est négative quant à l'art. 605. Pour ce qui est du par. 610(3), je suis d'avis d'adopter les motifs de la Cour d'appel et de ne pas accorder de dépens.

7. Question:

Si l'article 605 et le par. 610(3) du *Code criminel* du Canada portent atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'art. 7, les al. 11d), 11f), 11h) et le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse:

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON—La question au cœur de ce pourvoi est de savoir si une femme enceinte peut, sur le plan constitutionnel, être forcée par la loi à mener le foetus à terme. Le législateur a tenu pour acquis qu'on pouvait l'y forcer et a d'ailleurs prévu, à l'art. 251 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, que l'interruption de grossesse par une femme ou son médecin, à moins que les exigences procédurales de cet article ne soient respectées, constitue une infraction criminelle punissable d'emprisonnement.

Mes collègues, le Juge en chef et le juge Beetz, ont attaqué ces exigences dans des motifs que j'ai eu l'avantage de lire. Ils ont jugé qu'elles ne respectent pas les principes de justice fondamentale sur le plan de la procédure et ont conclu que, puisqu'elles ne peuvent être séparées des dispositions de fond qui créent l'infraction, l'ensemble de l'art. 251 doit être invalidé.

Avec égards, je pense que la Cour doit s'attaquer d'abord à la question fondamentale. Se demander si les exigences procédurales pour obtenir un avortement ou pour le pratiquer respectent ou non la justice fondamentale devient une question purement théorique si, sur le plan constitutionnel, ces exigences ne peuvent absolument pas

woman cannot, as a constitutional matter, be compelled by law to carry the foetus to term against her will, a review of the procedural requirements by which she may be compelled to do so seems pointless. Moreover, it would, in my opinion, be an exercise in futility for the legislature to expend its time and energy in attempting to remedy the defects in the procedural requirements unless it has some assurance that this process will, at the end of the day, result in the creation of a valid criminal offence. I turn, therefore, to what I believe is the central issue that must be addressed.

1. The Right of Access to Abortion

Section 7 of the *Charter* provides:

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

I agree with the Chief Justice that we are not called upon in this case to delineate the full content of the right to life, liberty and security of the person. This would be an impossible task because we cannot envisage all the contexts in which such a right might be asserted. What we are asked to do, I believe, is define the content of the right in the context of the legislation under attack. Does section 251 of the *Criminal Code* which limits the pregnant woman's access to abortion violate her right to life, liberty and security of the person within the meaning of s. 7?

Leaving aside for the moment the implications of the section for the foetus and addressing only the s. 7 right of the pregnant woman, it seems to me that we can say with a fair degree of confidence that a legislative scheme for the obtaining of an abortion which exposes the pregnant woman to a threat to her security of the person would violate her right under s. 7. Indeed, we have already stated in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, that security of the person even on the purely physical level must encompass freedom from the threat of physical punishment or suffering as well as freedom from the actual punishment or suffering itself. In other words, the fact of exposure is enough to violate security of the person. I agree with the Chief Justice and Beetz J. who, for differing reasons,

être imposées. Si une femme enceinte ne peut, sur le plan constitutionnel, être forcée par la loi à mener le foetus à terme contre sa volonté, l'examen des exigences procédurales par lesquelles elle peut y être forcée perd sa raison d'être. En outre, il serait, à mon avis, futile pour le législateur de gaspiller temps et énergie à tenter de remédier aux défauts des exigences procédurales s'il n'a quelque assurance que ce faisant, une infraction criminelle valide sera en fin de compte créée. J'en viens donc à ce que je crois être le point central qu'il faut examiner.

1. Le droit à l'avortement

L'article 7 de la *Charte* porte:

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

Je conviens avec le Juge en chef qu'il ne nous est pas demandé dans cette affaire de délimiter dans tous ses aspects le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Ce serait là une tâche impossible car nous ne pouvons concevoir tous les contextes dans lesquels ce droit pourrait être revendiqué. Ce qu'on nous demande de faire, je crois, c'est de définir ce droit dans le contexte de la loi contestée. L'article 251 du *Code criminel* qui limite le recours d'une femme enceinte à l'avortement viole-t-il son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne au sens de l'art. 7?

Si nous mettons de côté pour le moment les incidences que peut avoir l'article pour le foetus et que nous nous intéressons uniquement au droit que l'art. 7 confère à la femme enceinte, il me semble que nous pouvons dire avec suffisamment de certitude qu'une structure législative régissant l'avortement qui menace la sécurité de la personne de la femme enceinte viole le droit que lui garantit l'art. 7. D'ailleurs, nous avons déjà dit dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, que la sécurité de la personne, même au niveau purement physique, doit comprendre la liberté d'être exempt de toute menace de châtement corporel ou de souffrance, tout autant que la liberté d'être exempt du châtement ou de la souffrance eux-mêmes. En d'autres termes, l'éventualité elle-même suffit pour qu'il y

find that pregnant women are exposed to a threat to their physical and psychological security under the legislative scheme set up in s. 251 and, since these are aspects of their security of the person, their s. 7 right is accordingly violated. But this, of course, does not answer the question whether even the ideal legislative scheme, assuming that it is one which poses no threat to the physical and psychological security of the person of the pregnant woman, would be valid under s. 7. I say this for two reasons: (1) because s. 7 encompasses more than the right to security of the person; it speaks also of the right to liberty, and (2) because security of the person may encompass more than physical and psychological security; this we have yet to decide.

It seems to me, therefore, that to commence the analysis with the premise that the s. 7 right encompasses only a right to physical and psychological security and to fail to deal with the right to liberty in the context of "life, liberty and security of the person" begs the central issue in the case. If either the right to liberty or the right to security of the person or a combination of both confers on the pregnant woman the right to decide for herself (with the guidance of her physician) whether or not to have an abortion, then we have to examine the legislative scheme not only from the point of view of fundamental justice in the procedural sense but in the substantive sense as well. I think, therefore, that we must answer the question: what is meant by the right to liberty in the context of the abortion issue? Does it, as Mr. Manning suggests, give the pregnant woman control over decisions affecting her own body? If not, does her right to security of the person give her such control? I turn first to the right to liberty.

(a) *The Right to Liberty*

In order to ascertain the content of the right to liberty we must, as Dickson C.J. stated in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, commence with an analysis of the purpose of the right. Quoting from the Chief Justice at p. 344:

ait atteinte à la sécurité de la personne. Je partage l'avis du Juge en chef et du juge Beetz qui, pour des raisons différentes, ont conclu que les femmes enceintes voient leur sécurité physique et psychologique menacée par la structure législative élaborée à l'art. 251 et, comme il s'agit là d'aspects de la sécurité de la personne, leur droit en vertu de l'art. 7 est par conséquent violé. Mais bien entendu, cela ne répond pas à la question de savoir si même une structure législative idéale, en présupposant qu'elle ne constitue pas une menace à la sécurité physique et psychologique de la personne de la femme enceinte, serait valide en vertu de l'art. 7. Il y a deux raisons à cela: (1) parce que l'art. 7 englobe plus que le droit à la sécurité de la personne, il mentionne aussi le droit à la liberté, et (2) parce qu'il se peut que la sécurité de la personne englobe plus que la sécurité physique et psychologique; c'est ce que nous avons à décider.

Il me semble donc que prendre comme point de départ de l'analyse la prémisse que le droit de l'art. 7 ne comprend qu'un droit à la sécurité physique et psychologique, sans traiter du droit à la liberté, dans ce contexte de «la vie, la liberté et la sécurité de sa personne», c'est présumer résolue dès le départ la question centrale en litige. Si le droit à la liberté, le droit à la sécurité de la personne ou une combinaison des deux confèrent à la femme enceinte le droit de décider elle-même (sur les conseils de son médecin) d'avoir ou non un avortement, il nous faut alors examiner la structure législative non seulement du point de vue de la justice fondamentale quant à la procédure mais aussi quant au fond. Je pense donc que nous devons répondre à la question: qu'entend-on par le droit à la liberté dans le contexte de la question de l'avortement? Donne-t-il, comme M^e Manning le prétend, à la femme enceinte le pouvoir de prendre des décisions relativement à son corps? Sinon, son droit à la sécurité de sa personne lui donne-t-il ce pouvoir? Je traiterai d'abord du droit à la liberté.

i) a) *Le droit à la liberté*

Pour déterminer ce que comprend le droit à la liberté, nous devons, comme le juge en chef Dickson le dit dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, procéder d'abord à l'analyse de l'objet de ce droit. Pour citer le Juge en chef, à la p. 344:

... the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter*'s protection.

We are invited, therefore, to consider the purpose of the *Charter* in general and of the right to liberty in particular.

The *Charter* is predicated on a particular conception of the place of the individual in society. An individual is not a totally independent entity disconnected from the society in which he or she lives. Neither, however, is the individual a mere cog in an impersonal machine in which his or her values, goals and aspirations are subordinated to those of the collectivity. The individual is a bit of both. The *Charter* reflects this reality by leaving a wide range of activities and decisions open to legitimate government control while at the same time placing limits on the proper scope of that control. Thus, the rights guaranteed in the *Charter* erect around each individual, metaphorically speaking, an invisible fence over which the state will not be allowed to trespass. The role of the courts is to map out, piece by piece, the parameters of the fence.

The *Charter* and the right to individual liberty guaranteed under it are inextricably tied to the concept of human dignity. Professor Neil MacCormick, Regius Professor of Public Law and the Law of Nature and Nations, University of Edinburgh, in his work entitled *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy* (1982), speaks of liberty as "a condition of human self-respect and of that contentment which resides in the ability to pursue one's own conception of a full and rewarding life" (p. 39). He says at p. 41:

To be able to decide what to do and how to do it, to carry out one's own decisions and accept their consequences, seems to me essential to one's self-respect as a

... l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*.

On nous invite donc à examiner l'objet de la *Charte* en général et du droit à la liberté en particulier.

La *Charte* est fondée sur une conception particulière de la place de l'individu dans la société. Un individu ne constitue pas une entité totalement coupée de la société dans laquelle il vit. Cependant l'individu n'est pas non plus un simple rouage impersonnel d'une machine subordonnant ses valeurs, ses buts et ses aspirations à celles de la collectivité. L'individu est un peu les deux. La *Charte* exprime cette réalité en laissant un vaste champ d'activités et de décisions au contrôle légitime du gouvernement, tout en fixant des bornes à l'étendue appropriée de ce contrôle. Ainsi, les droits garantis par la *Charte* érigent autour de chaque individu, pour parler métaphoriquement, une barrière invisible que l'État ne sera pas autorisé à franchir. Le rôle des tribunaux consiste à délimiter, petit à petit, les dimensions de cette barrière.

La *Charte* et le droit à la liberté individuelle qu'elle garantit sont inextricablement liés à la notion de dignité humaine. Neil MacCormick, professeur de droit public et de droit naturel et international à l'Université d'Édimbourg, dans son ouvrage intitulé *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy* (1982), parle de la liberté comme [TRADUCTION] "une condition du respect de soi et de la satisfaction que procure la capacité de réaliser sa propre conception d'une vie bien remplie, qui vaille la peine d'être vécue" (à la p. 39). Il dit à la p. 41:

[TRADUCTION] Pouvoir décider ce qu'on veut faire et comment le faire, pour concrétiser ses propres décisions, en en acceptant les conséquences, me semble essentiel au

human being, and essential to the possibility of that contentment. Such self-respect and contentment are in my judgment fundamental goods for human beings, the worth of life itself being on condition of having or striving for them. If a person were deliberately denied the opportunity of self-respect and that contentment, he would suffer deprivation of his essential humanity.

Dickson C.J. in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* makes the same point at p. 346:

It should also be noted, however, that an emphasis on individual conscience and individual judgment also lies at the heart of our democratic political tradition. The ability of each citizen to make free and informed decisions is the absolute prerequisite for the legitimacy, acceptability, and efficacy of our system of self-government. It is because of the centrality of the rights associated with freedom of individual conscience both to basic beliefs about human worth and dignity and to a free and democratic political system that American jurisprudence has emphasized the primacy or "firstness" of the First Amendment. It is this same centrality that in my view underlies their designation in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as "fundamental". They are the *sine qua non* of the political tradition underlying the *Charter*.

It was further amplified in Dickson C.J.'s discussion of *Charter* interpretation in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136:

A second contextual element of interpretation of s. 1 is provided by the words "free and democratic society". Inclusion of these words as the final standard of justification for limits on rights and freedoms refers the Court to the very purpose for which the *Charter* was originally entrenched in the Constitution: Canadian society is to be free and democratic. The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the

respect de soi en tant qu'être humain et essentiel pour parvenir à cette satisfaction. Ce respect de soi et cette satisfaction sont, à mon avis, des biens fondamentaux pour l'être humain, la vie elle-même ne valant la peine d'être vécue qu'à la condition de les éprouver ou de les rechercher. L'individu auquel on refuserait délibérément la possibilité de parvenir au respect de lui-même et à cette satisfaction se verrait privé de l'essence de son humanité.

Le juge en chef Dickson, dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, soutient le même point de vue, à la p. 346:

Toutefois, il faut aussi remarquer que l'insistance sur la conscience et le jugement individuels est également au cœur de notre tradition politique démocratique. La possibilité qu'à chaque citoyen de prendre des décisions libres et éclairées constitue la condition sine qua non de la légitimité, de l'acceptabilité et de l'efficacité de notre système d'auto-détermination. C'est précisément parce que les droits qui se rattachent à la liberté de conscience individuelle se situent au cœur non seulement des convictions fondamentales quant à la valeur et à la dignité de l'être humain, mais aussi de tout système politique libre et démocratique, que la jurisprudence américaine a insisté sur la primauté ou la prééminence du Premier amendement. À mon avis, c'est pour cette même raison que la *Charte canadienne des droits et libertés* parle de libertés «fondamentales». Celles-ci constituent le fondement même de la tradition politique dans laquelle s'insère la *Charte*.

Le juge en chef Dickson a approfondi ce point de vue dans son analyse de l'interprétation de la *Charte* dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136:

Un second élément contextuel d'interprétation de l'article premier est fourni par l'expression «société libre et démocratique». L'inclusion de ces mots à titre de norme finale de justification de la restriction des droits et libertés rappelle aux tribunaux l'objet même de l'enchaînement de la *Charte* dans la Constitution: la société canadienne doit être libre et démocratique. Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à

ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified.

The idea of human dignity finds expression in almost every right and freedom guaranteed in the *Charter*. Individuals are afforded the right to choose their own religion and their own philosophy of life, the right to choose with whom they will associate and how they will express themselves, the right to choose where they will live and what occupation they will pursue. These are all examples of the basic theory underlying the *Charter*, namely that the state will respect choices made by individuals and, to the greatest extent possible, will avoid subordinating these choices to any one conception of the good life.

Thus, an aspect of the respect for human dignity on which the *Charter* is founded is the right to make fundamental personal decisions without interference from the state. This right is a critical component of the right to liberty. Liberty, as was noted in *Singh*, is a phrase capable of a broad range of meaning. In my view, this right, properly construed, grants the individual a degree of autonomy in making decisions of fundamental personal importance.

This view is consistent with the position I took in the case of *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284. One issue raised in that case was whether the right to liberty in s. 7 of the *Charter* included a parent's right to bring up his children in accordance with his conscientious beliefs. In concluding that it did I stated at pp. 318-19:

I believe that the framers of the Constitution in guaranteeing "liberty" as a fundamental value in a free and democratic society had in mind the freedom of the individual to develop and realize his potential to the full, to plan his own life to suit his own character, to make his own choices for good or ill, to be non-conformist, idiosyncratic and even eccentric — to be, in to-day's parlance, "his own person" and accountable as such. John Stuart Mill described it as "pursuing our own good in our own way". This, he believed, we should be free to

l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.

La notion de dignité humaine trouve son expression dans presque tous les droits et libertés garantis par la *Charte*. Les individus se voient offrir le droit de choisir leur propre religion et leur propre philosophie de vie, de choisir qui ils fréquenteront et comment ils s'exprimeront, où ils vivront et à quelle occupation ils se livreront. Ce sont tous là des exemples de la théorie fondamentale qui sous-tend la *Charte*, savoir que l'État respectera les choix de chacun et, dans toute la mesure du possible, évitera de subordonner ces choix à toute conception particulière d'une vie de bien.

Ainsi, un aspect du respect de la dignité humaine sur lequel la *Charte* est fondée est le droit de prendre des décisions personnelles fondamentales sans intervention de l'État. Ce droit constitue une composante cruciale du droit à la liberté. La liberté, comme nous l'avons dit dans l'arrêt *Singh*, est un terme susceptible d'une acception fort large. À mon avis, ce droit, bien interprété, confère à l'individu une marge d'autonomie dans la prise de décisions d'importance fondamentale pour sa personne.

Ce point de vue est conforme à la position que j'ai prise dans l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer notamment si le droit à la liberté énoncé à l'art. 7 de la *Charte* incluait le droit pour un père d'élever ses enfants conformément à ses croyances intimes. En concluant que c'était le cas, j'ai dit, aux pp. 318 et 319:

Je crois que les rédacteurs de la Constitution en garantissant la «liberté» en tant que valeur fondamentale d'une société libre et démocratique, avaient à l'esprit la liberté pour l'individu de se développer et de réaliser son potentiel au maximum, d'établir son propre plan de vie, en accord avec sa personnalité; de faire ses propres choix, pour le meilleur ou pour le pire, d'être non conformiste, original et même excentrique, d'être, en langage courant, «lui-même» et d'être responsable en tant que tel. John Stuart Mill décrit cela ainsi: [TRA-

do "so long as we do not attempt to deprive others of theirs or impede their efforts to obtain it". He added:

Each is the proper guardian of his own health, whether bodily *or* mental and spiritual. Mankind are greater gainers by suffering each other to live as seems good to themselves than by compelling each to live as seems good to the rest.

Liberty in a free and democratic society does not require the state to approve the personal decisions made by its citizens; it does, however, require the state to respect them.

This conception of the proper ambit of the right to liberty under our *Charter* is consistent with the American jurisprudence on the subject. While care must undoubtedly be taken to avoid a mechanical application of concepts developed in different cultural and constitutional contexts, I would respectfully agree with the observation of my colleague, Estey J., in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, at pp. 366-67:

With the *Constitution Act, 1982* comes a new dimension, a new yardstick of reconciliation between the individual and the community and their respective rights, a dimension which, like the balance of the Constitution, remains to be interpreted and applied by the Court.

The courts in the United States have had almost two hundred years experience at this task and it is of more than passing interest to those concerned with these new developments in Canada to study the experience of the United States courts.

As early as the 1920's the American Supreme Court employed the Fifth and Fourteenth Amendments to the American Constitution to give parents a degree of choice in the education of their children. In *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923), the Court struck down a law prohibiting the teaching of any subject in a language other than English. In *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925), an Oregon statute requiring all "normal children" to attend public school and thus prohibiting private school attendance was held to be unconstitutional. The Court in *Pierce* at pp. 534-35 characterized the interest being infringed

DUCTION] «rechercher notre propre bien, à notre façon». Nous devrions, pensait-il, être libre de le faire «dans la mesure où nous ne tentons pas de priver les autres du leur, ni d'entraver leurs efforts pour y parvenir». Il ajoutait:

[TRADUCTION] Chacun est le véritable gardien de sa propre santé, tant physique que mentale et spirituelle. L'humanité a plus à gagner à laisser chacun vivre comme cela lui semble bon, qu'à forcer chacun à vivre comme cela semble bon aux autres.

La liberté dans une société libre et démocratique n'oblige pas l'État à approuver les décisions personnelles de ses citoyens; elle l'oblige cependant à les respecter.

Cette conception de la portée qu'il convient de donner au droit à la liberté sous le régime de notre *Charte* est conforme à la jurisprudence américaine sur le sujet. Quoiqu'il faille sans doute prendre garde d'appliquer mécaniquement des concepts élaborés dans des contextes culturels et constitutionnels différents, je souscris à l'observation que fait le juge Estey dans l'arrêt *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, aux pp. 366 et 367:

La *Loi constitutionnelle de 1982* apporte une nouvelle dimension, un nouveau critère d'équilibre entre les individus et la société et leurs droits respectifs, une dimension qui, comme l'équilibre de la Constitution, devra être interprétée et appliquée par la Cour.

Les tribunaux américains ont presque deux cents ans d'expérience dans l'accomplissement de cette tâche, et l'analyse de leur expérience offre plus qu'un intérêt passager pour ceux qui s'intéressent à cette nouvelle évolution au Canada.

Dès les années 20, la Cour suprême des États-Unis a eu recours au Cinquième et au Quatorzième amendements de la Constitution américaine pour accorder aux parents une certaine latitude dans l'éducation de leurs enfants. Dans l'arrêt *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923), la Cour a annulé une loi interdisant l'enseignement, quelle que soit la matière, dans une langue autre que l'anglais. Dans l'arrêt *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925), une loi de l'Oregon obligeant tous les «enfants normaux» à fréquenter l'école publique, et leur interdisant par le fait même la fréquentation d'une école privée, a été jugée

as “the liberty of parents and guardians to direct the upbringing and education of children under their control”.

The sanctity of the family was underlined by the decision in *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942), where the Supreme Court invalidated a state law authorizing the sterilization of individuals convicted of two or more crimes involving moral turpitude. While the law was struck down on the basis that it violated the equal protection clause of the Fourteenth Amendment, the Court had this to say of the interest at stake: “We are dealing here with legislation which involves one of the basic civil rights of man. Marriage and procreation are fundamental to the very existence and survival of the race” (at p. 541).

Later the Supreme Court was asked to determine the constitutionality of a Connecticut statute forbidding the use of contraceptives by married couples. In *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), the majority held this statute to be invalid. The judges writing for the majority used various constitutional routes to arrive at this conclusion but the common denominator seems to have been a profound concern over the invasion of the marital home required for the enforcement of the law. *Griswold* was interpreted by the Supreme Court in the later case of *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972), where the majority stated at p. 453:

It is true that in *Griswold* the right of privacy in question inhered in the marital relationship. Yet the marital couple is not an independent entity with a mind and heart of its own, but an association of two individuals each with a separate intellectual and emotional make up. If the right of privacy means anything, it is the right of the *individual*, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion into matters so fundamentally affecting a person as the decision whether to bear or beget a child.

In *Eisenstadt* the Court struck down a Massachusetts law that prohibited the distribution of any

inconstitutionnelle. Dans l'arrêt *Pierce*, aux pp. 534 et 535, la Cour a qualifié l'intérêt auquel on portait atteinte comme étant [TRADUCTION] «la liberté des parents et tuteurs de diriger l'éducation des enfants dont ils ont la garde et l'enseignement qui leur est donné».

Le caractère sacré de la famille a été souligné par l'arrêt *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942), où la Cour suprême a invalidé la loi d'un État qui autorisait la stérilisation des individus reconnus coupables de deux ou plusieurs crimes impliquant la turpitude morale. Quoique la loi ait été annulée parce qu'elle violait la clause de l'égalité de protection de la loi établie par le Quatorzième amendement, voici ce que la Cour a dit de l'intérêt en cause: [TRADUCTION] “Nous avons affaire ici à une loi qui touche aux droits civils fondamentaux de l'homme. Le mariage et la procréation sont fondamentaux pour l'existence et la survie mêmes de la race” (à la p. 541).

Ultérieurement, la Cour suprême a été appelée à statuer sur la constitutionnalité d'une loi du Connecticut interdisant aux gens mariés d'utiliser des contraceptifs. Dans l'arrêt *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), la majorité a jugé cette loi invalide. Les juges qui ont écrit au nom de la majorité ont emprunté diverses voies constitutionnelles pour arriver à cette conclusion, mais le dénominateur commun semble avoir été une profonde appréhension que l'application de la loi exige une incursion dans le foyer conjugal. La Cour suprême a interprété l'arrêt *Griswold* dans une affaire ultérieure, *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972), où elle a dit, à la majorité, à la p. 453:

[TRADUCTION] Il est vrai que dans l'arrêt *Griswold* le droit à la vie privée en cause a été considéré comme inhérent à la relation conjugale. Néanmoins le couple marié n'est pas une entité indépendante dotée d'un esprit et d'un cœur distincts, mais une association de deux individus, chacun pourvu de caractéristiques intellectuelles et émotionnelles distinctes. Si le droit à la vie privée signifie quelque chose, c'est bien le droit de *l'individu*, marié ou célibataire, d'être libre de toute intrusion gouvernementale injustifiée dans des domaines touchant si fondamentalement à la personne, comme la décision de porter ou de mettre au monde un enfant.

Dans l'arrêt *Eisenstadt*, la Cour a annulé une loi du Massachusetts qui interdisait la distribution de

drug for the purposes of contraception to unmarried persons on the ground that it violated the equal protection clause.

The equal protection clause was also used by the Supreme Court in *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967), to strike down legislation that purported to forbid inter-racial marriage. The Court tied its decision to the previous line of cases that protected basic choices relating to family life. It stated at p. 12: "The freedom to marry has long been recognized as one of the 'vital personal rights essential to the orderly pursuit of happiness by free men. Marriage is one of the 'basic civil rights of man,' fundamental to our very existence and survival . . . [The] freedom to marry . . . resides with the individual . . ." Thus, by a process of accretion the scope of the right of individuals to make fundamental decisions affecting their private lives was elaborated in the United States on a case by case basis. The parameters of the fence were being progressively defined.

For our purposes the most interesting development in this area of American law are the decisions of the Supreme Court in *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), and its sister case *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973). In *Roe v. Wade* the Court held that a pregnant woman has the right to decide whether or not to terminate her pregnancy. This conclusion, the majority stated, was mandated by the body of existing law ensuring that the state would not be allowed to interfere with certain fundamental personal decisions such as education, child-rearing, procreation, marriage and contraception. The Court concluded that the right to privacy found in the Fourteenth Amendment guarantee of liberty ". . . is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy" (p. 153).

This right was not, however, to be taken as absolute. At some point the legitimate state interests in the protection of health, proper medical standards, and pre-natal life would justify its qualification. Lawrence H. Tribe, Professor of Law at Harvard University, in his work entitled

toute drogue à des fins de contraception aux gens non mariés pour le motif qu'elle violait la clause de l'égle protection de la loi.

a La Cour suprême a aussi eu recours à la clause de l'égle protection de la loi dans l'arrêt *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967), pour invalider une loi qui avait pour objet d'interdire les mariages raciaux mixtes. La Cour a lié sa décision à la b jurisprudence antérieure qui protégeait les choix fondamentaux en matière de vie familiale. Elle dit, à la p. 12: [TRADUCTION] «La liberté de se marier est reconnue depuis longtemps comme l'un des droits vitaux personnels essentiels à la recherche c méthodique du bonheur par les hommes libres. Le mariage est l'un des «droits civils fondamentaux de l'homme», le fondement de notre existence et de notre survie mêmes . . . [La] liberté de se marier d . . . réside chez l'individu». Ainsi, en quelque sorte par accréation, l'étendue du droit des individus de prendre des décisions fondamentales concernant leur vie privée a été élaborée cas par cas aux États-Unis. Les dimensions de la barrière ont ainsi e été progressivement définies.

Pour nos fins, les décisions concomitantes de la Cour suprême *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), et *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973), constituent f le développement le plus intéressant dans ce domaine du droit américain. Dans l'arrêt *Roe v. Wade*, la Cour a jugé qu'une femme enceinte a le droit de décider d'interrompre ou non sa grossesse. Cette conclusion, a dit la majorité, était imposée g par le corps de droit existant qui interdit à l'État d'intervenir dans certaines décisions personnelles fondamentales telles l'enseignement donné aux enfants et leur éducation, la procréation, le mariage et la contraception. La Cour a conclu que h le droit à la vie privée que l'on trouve dans la garantie de la liberté du Quatorzième amendement [TRADUCTION] «. . . est suffisamment large pour inclure la décision d'une femme d'interrompre ou i non sa grossesse» (à la p. 153).

Ce droit ne doit pas, toutefois, être considéré comme absolu. Parvenu à un certain point, les intérêts légitimes de l'État vis-à-vis de la protection de la santé, des normes médicales appropriées et de la vie foétale justifient de le restreindre. Dans son ouvrage intitulé *American Constitutional Law*,

American Constitutional Law (1978), conveniently summarizes the limits the Court found to be inherent in the woman's right. I quote from pp. 924-25:

Specifically, the Court held that, because the woman's right to decide whether or not to end a pregnancy is fundamental, only a compelling interest can justify state regulation impinging in any way upon that right. During the first trimester of pregnancy, when abortion is less hazardous in terms of the woman's life than carrying the child to term would be, the state may require only that the abortion be performed by a licensed physician; no further regulations peculiar to abortion as such are compellingly justified in that period.

After the first trimester, the compelling state interest in the mother's health permits it to adopt reasonable regulations in order to promote safe abortions — but requiring abortions to be performed in hospitals, or only after approval of another doctor or committee in addition to the woman's physician, is impermissible, as is requiring that the abortion procedure employ a technique that, however preferable from a medical perspective, is not widely available.

Once the fetus is viable, in the sense that it is capable of survival outside the uterus with artificial aid, the state interest in preserving the fetus becomes compelling, and the state may thus proscribe its premature removal (i.e., its abortion) except to preserve the mother's life or health.

The decision in *Roe v. Wade* was re-affirmed by the Supreme Court in *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983), and again, though by a bare majority, in *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 106 S. Ct. 2169 (1986). In *Thornburgh*, Blackmun J., speaking for the majority, identifies the core value which the American courts have found to inhere in the concept of liberty. He states at pp. 2184-85:

Our cases long have recognized that the Constitution embodies a promise that a certain private sphere of individual liberty will be kept largely beyond the reach of government . . . [citations omitted] That promise extends to women as well as to men. Few decisions are more personal and intimate, more properly private, or more basic to individual dignity and autonomy, than a

1978, Lawrence H. Tribe, professeur de droit à l'Université Harvard, donne un résumé commode des limites que la Cour a jugé inhérentes au droit de la femme. Je cite les pp. 924 et 925:

^a [TRADUCTION] Plus précisément, la Cour a jugé que, puisque le droit de la femme de décider d'interrompre ou non une grossesse est fondamental, seul un intérêt supérieur peut justifier une réglementation de l'État qui entraverait ce droit de quelque façon. Au cours du premier trimestre de la grossesse, alors que l'avortement est moins dangereux pour la vie de la femme que mener la grossesse à terme le serait, tout ce que l'État peut exiger, c'est que l'avortement soit pratiqué par un médecin qualifié; aucune autre réglementation de l'avortement comme tel n'est impérieusement justifiée au cours de cette période.

^b Après le premier trimestre, l'intérêt supérieur de l'État dans la santé de la mère l'autorise à adopter une réglementation raisonnable afin de favoriser des avortements sans danger; mais exiger que les avortements ne soient pratiqués que dans des hôpitaux, ou uniquement après qu'un autre médecin ou comité aura donné son aval, outre le médecin de la femme, ne saurait être autorisé, car ce serait exiger que la procédure d'avortement suive une technique qui, si préférable soit-elle dans une optique médicale, n'est pas largement répandue.

^c Lorsque le fœtus devient viable, en ce sens qu'il peut survivre à l'extérieur de l'utérus pourvu qu'on l'aide artificiellement, l'intérêt de l'État dans la préservation du fœtus devient supérieur et l'État peut alors interdire qu'on l'enlève prématurément (c.-à-d. le faire avorter) sauf pour préserver la vie ou la santé de la mère.

^d L'arrêt *Roe v. Wade* a été réaffirmé par la Cour suprême dans l'arrêt *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983), et aussi, quoique par une très mince majorité, dans l'arrêt *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 106 S. Ct. 2169 (1986). Dans l'arrêt *Thornburgh*, le juge Blackmun, s'exprimant au nom de la majorité, cerne la valeur centrale que les tribunaux américains ont jugé inhérente à la notion de liberté. Il dit, aux pp. 2184 et 2185:

^e [TRADUCTION] Notre jurisprudence reconnaît depuis longtemps que la Constitution comporte la promesse qu'une certaine sphère privée de la liberté individuelle demeurera largement hors de portée du gouvernement . . . [références omises]. Cette promesse vaut pour les femmes autant que pour les hommes. Peu de décisions sont aussi personnelles et intimes, aussi littéralement

woman's decision — with the guidance of her physician and within the limits specified in *Roe* — whether to end her pregnancy. A woman's right to make that choice freely is fundamental. Any other result, in our view, would protect inadequately a central part of the sphere of liberty that our law guarantees equally to all.

In my opinion, the respect for individual decision-making in matters of fundamental personal importance reflected in the American jurisprudence also informs the Canadian *Charter*. Indeed, as the Chief Justice pointed out in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, beliefs about human worth and dignity “are the *sine qua non* of the political tradition underlying the *Charter*”. I would conclude, therefore, that the right to liberty contained in s. 7 guarantees to every individual a degree of personal autonomy over important decisions intimately affecting their private lives.

The question then becomes whether the decision of a woman to terminate her pregnancy falls within this class of protected decisions. I have no doubt that it does. This decision is one that will have profound psychological, economic and social consequences for the pregnant woman. The circumstances giving rise to it can be complex and varied and there may be, and usually are, powerful considerations militating in opposite directions. It is a decision that deeply reflects the way the woman thinks about herself and her relationship to others and to society at large. It is not just a medical decision; it is a profound social and ethical one as well. Her response to it will be the response of the whole person.

It is probably impossible for a man to respond, even imaginatively, to such a dilemma not just because it is outside the realm of his personal experience (although this is, of course, the case) but because he can relate to it only by objectifying it, thereby eliminating the subjective elements of the female psyche which are at the heart of the dilemma. As Noreen Burrows, lecturer in European Law at the University of Glasgow, has point-

privées ou aussi fondamentales pour la dignité et l'autonomie individuelles que la décision prise par une femme — sur les conseils de son médecin et dans les limites indiquées dans l'arrêt *Roe* — d'interrompre ou non une grossesse. Le droit de la femme de faire ce choix librement est fondamental. Toute autre conclusion, à notre avis, protégerait inadéquatement un aspect central de cette sphère de liberté que notre droit garantit également à tous.

À mon avis, le respect du pouvoir décisionnel de l'individu dans des domaines d'importance personnelle aussi fondamentaux que traduit la jurisprudence américaine nous renseigne aussi sur la *Charte* canadienne. D'ailleurs, comme le Juge en chef le rappelle dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, la foi en la valeur et en la dignité humaines «constitue [. . .] le fondement même de la tradition politique dans laquelle s'insère la *Charte*». Je conclus donc que le droit à la liberté énoncé à l'art. 7 garantit à chaque individu une marge d'autonomie personnelle sur ses décisions importantes touchant intimement à sa vie privée.

La question devient alors de savoir si la décision que prend une femme d'interrompre sa grossesse relève de cette catégorie de décisions protégées. Je n'ai pas de doute que ce soit le cas. Cette décision aura des conséquences psychologiques, économiques et sociales profondes pour la femme enceinte. Les circonstances qui y mènent peuvent être compliquées et multiples et il peut y avoir, comme c'est généralement le cas, des considérations puissantes en faveur de décisions opposées. C'est une décision qui reflète profondément l'opinion qu'une femme a d'elle-même, ses rapports avec les autres et avec la société en général. Ce n'est pas seulement une décision d'ordre médical; elle est aussi profondément d'ordre social et éthique. La réponse qu'elle y donne sera la réponse de tout son être.

Il est probablement impossible pour un homme d'imaginer une réponse à un tel dilemme, non seulement parce qu'il se situe en dehors du domaine de son expérience personnelle (ce qui, bien entendu, est le cas), mais aussi parce qu'il ne peut y réagir qu'en l'objectivant et en éliminant par le fait même les éléments subjectifs de la psyché féminine qui sont au cœur du dilemme. Comme Noreen Burrows, maître de conférence en

ed out in her essay on "International Law and Human Rights: the Case of Women's Rights", in *Human Rights: From Rhetoric to Reality* (1986), the history of the struggle for human rights from the eighteenth century on has been the history of men struggling to assert their dignity and common humanity against an overbearing state apparatus. The more recent struggle for women's rights has been a struggle to eliminate discrimination, to achieve a place for women in a man's world, to develop a set of legislative reforms in order to place women in the same position as men (pp. 81-82). It has not been a struggle to define the rights of women in relation to their special place in the societal structure and in relation to the biological distinction between the two sexes. Thus, women's needs and aspirations are only now being translated into protected rights. The right to reproduce or not to reproduce which is in issue in this case is one such right and is properly perceived as an integral part of modern woman's struggle to assert her dignity and worth as a human being.

Given then that the right to liberty guaranteed by s. 7 of the *Charter* gives a woman the right to decide for herself whether or not to terminate her pregnancy, does s. 251 of the *Criminal Code* violate this right? Clearly it does. The purpose of the section is to take the decision away from the woman and give it to a committee. Furthermore, as the Chief Justice correctly points out, at p. 56, the committee bases its decision on "criteria entirely unrelated to [the pregnant woman's] own priorities and aspirations". The fact that the decision whether a woman will be allowed to terminate her pregnancy is in the hands of a committee is just as great a violation of the woman's right to personal autonomy in decisions of an intimate and private nature as it would be if a committee were established to decide whether a woman should be allowed to continue her pregnancy. Both these arrangements violate the woman's right to liberty by deciding for her something that she has the right to decide for herself.

droit européen à l'Université de Glasgow, le fait observer dans son essai "International Law and Human Rights: the Case of Women's Rights", dans *Human Rights: From Rhetoric to Reality* (1986), l'histoire du combat pour les droits de la personne, du dix-huitième siècle à aujourd'hui, est l'histoire des hommes qui ont lutté pour affirmer leur dignité et leur commune humanité contre un appareil d'État autoritaire. Plus récemment, la lutte pour la reconnaissance des droits des femmes a été un combat contre la discrimination, pour que les femmes trouvent une place dans un monde d'hommes, pour élaborer un ensemble de réformes législatives afin de placer les femmes sur le même pied que les hommes (aux pp. 81 et 82). Il ne s'agit pas d'une lutte pour définir les droits des femmes par rapport à leur position particulière dans la structure sociale et par rapport à la différence biologique entre les deux sexes. Ainsi les besoins et les aspirations des femmes se traduisent seulement aujourd'hui en des droits garantis. Le droit de se reproduire ou de ne pas se reproduire, qui est en cause en l'espèce, est l'un de ces droits et c'est à raison qu'on le considère comme faisant partie intégrante de la lutte contemporaine de la femme pour affirmer sa dignité et sa valeur en tant qu'être humain.

Étant donné alors que le droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte* confère à une femme le droit de décider elle-même d'interrompre ou non sa grossesse, l'art. 251 du *Code criminel* viole-t-il ce droit? Manifestement il le viole. L'article a pour objet d'enlever cette décision à la femme pour confier à un comité le soin de la prendre. En outre, comme le Juge en chef l'observe à juste titre, à la p. 56, le comité fonde sa décision sur "des critères totalement sans rapport avec ses [celles de la femme enceinte] propres priorités et aspirations". Le fait que la décision d'autoriser ou non une femme à interrompre sa grossesse soit dans les mains d'un comité est une violation tout aussi grave du droit de la femme à l'autonomie personnelle en matière de décision de nature intime et privée que serait celle d'établir un comité pour décider s'il faut autoriser une femme à mener sa grossesse à terme. Dans les deux cas, il y a violation du droit de la femme à la liberté, car on décide pour elle ce qu'elle a le droit de décider elle-même.

(b) *The Right to Security of the Person*

Section 7 of the *Charter* also guarantees everyone the right to security of the person. Does this, as Mr. Manning suggests, extend to the right of control over one's own body?

I agree with the Chief Justice and with Beetz J. that the right to "security of the person" under s. 7 of the *Charter* protects both the physical and psychological integrity of the individual. State enforced medical or surgical treatment comes readily to mind as an obvious invasion of physical integrity. Lamer J. held in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, that the right to security of the person entitled a person to be protected against psychological trauma as well — in that case the psychological trauma resulting from delays in the trial process under s. 11(b) of the *Charter*. He found that psychological trauma could take the form of "stigmatization of the accused, loss of privacy, stress and anxiety resulting from a multitude of factors, including possible disruption of family, social life and work, legal costs, uncertainty as to outcome and sanction". I agree with my colleague and I think that his comments are very germane to the instant case because, as the Chief Justice and Beetz J. point out, the present legislative scheme for the obtaining of an abortion clearly subjects pregnant women to considerable emotional stress as well as to unnecessary physical risk. I believe, however, that the flaw in the present legislative scheme goes much deeper than that. In essence, what it does is assert that the woman's capacity to reproduce is not to be subject to her own control. It is to be subject to the control of the state. She may not choose whether to exercise her existing capacity or not to exercise it. This is not, in my view, just a matter of interfering with her right to liberty in the sense (already discussed) of her right to personal autonomy in decision-making, it is a direct interference with her physical "person" as well. She is truly being treated as a means — a means to an end which she does not desire but over which she has no control. She is the passive recipient of a decision made by others as to whether her body is to be used to nurture a new life. Can there be anything that comports less with human dignity and self-respect? How can a woman in this

b) *Le droit à la sécurité de sa personne*

L'article 7 de la *Charte* garantit aussi à chacun le droit à la sécurité de sa personne. Cela va-t-il, comme le prétend M^e Manning, jusqu'au droit à la maîtrise de son propre corps?

Je suis d'accord avec le Juge en chef et le juge Beetz pour dire que le droit de chacun à «la sécurité de sa personne» garanti par l'art. 7 de la *Charte* protège à la fois l'intégrité physique et psychologique de la personne. Les traitements médicaux ou chirurgicaux imposés par l'État viennent tout de suite à l'esprit comme exemples d'atteintes manifestes à l'intégrité corporelle. Le juge Lamer a conclu dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, qu'aux termes du droit à la sécurité de la personne on avait aussi le droit d'être protégé contre le traumatisme psychologique: dans cette affaire, le traumatisme psychologique résultait du retard à être jugé au sens de l'al. 11b) de la *Charte*. Il a conclu que le traumatisme psychologique pouvait prendre pour forme «la stigmatisation de l'accusé, l'atteinte à la vie privée, la tension et l'angoisse résultant d'une multitude de facteurs, y compris éventuellement les perturbations de la vie familiale, sociale et professionnelle, les frais de justice et l'incertitude face à l'issue et face à la peine». Je partage l'opinion de mon collègue et j'estime ses commentaires particulièrement appropriés en l'espèce car, comme le Juge en chef et le juge Beetz le soulignent, la structure législative actuelle d'obtention d'un avortement soumet clairement les femmes enceintes à une tension émotionnelle considérable ainsi qu'à un risque physique inutile. Je crois néanmoins que la faille dans la structure législative actuelle est beaucoup plus profonde. Essentiellement, ce qu'elle fait, c'est affirmer que la capacité de reproduction de la femme ne doit pas être soumise à son propre contrôle. Elle doit être soumise au contrôle de l'État. On ne lui permet pas de choisir d'exercer la capacité qui est la sienne ou de ne pas l'exercer. À mon avis, il ne s'agit pas seulement d'une entrave à son droit à la liberté au sens (déjà analysé) de son droit à son autonomie décisionnelle personnelle, c'est aussi une atteinte à sa «personne» physique. Elle est littéralement traitée comme un moyen, un moyen pour une fin qu'elle ne désire pas et qu'elle ne

position have any sense of security with respect to her person? I believe that s. 251 of the *Criminal Code* deprives the pregnant woman of her right to security of the person as well as her right to liberty.

2. The Scope of the Right under s. 7

I turn now to a consideration of the degree of personal autonomy the pregnant woman has under s. 7 of the *Charter* when faced with a decision whether or not to have an abortion or, to put it into the legislative context, the degree to which the legislature can deny the pregnant woman access to abortion without violating her s. 7 right. This involves a consideration of the extent to which the legislature can "deprive" her of it under the second part of s. 7 and the extent to which it can put "limits" on it under s. 1.

(a) *The Principles of Fundamental Justice*

Does section 251 deprive women of their right to liberty and to security of the person "in accordance with the principles of fundamental justice"? I agree with Lamer J. who stated in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 513, that the principles of fundamental justice "cannot be given any exhaustive content or simple enumerative definition, but will take on concrete meaning as the courts address alleged violations of s. 7". In the same judgment Lamer J. also stated at p. 503:

In other words, the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system. They do not lie in the realm of general public policy but in the inherent domain of the judiciary as guardian of the justice system. Such an approach to the interpretation of "principles of fundamental justice" is consistent with the wording and structure of s. 7, the context of the section, *i.e.*, ss. 8 to 14, and the character and larger objects of the *Charter* itself. It provides meaningful content for the

contrôle pas. Elle subit une décision prise par d'autres sur l'éventuelle utilisation de son corps pour alimenter une nouvelle vie. Que peut-il y avoir de moins compatible avec la dignité humaine et le respect de soi? Comment une femme dans cette situation peut-elle entretenir un quelconque sentiment de sécurité à l'égard de sa personne? Je crois que l'art. 251 du *Code criminel* prive la femme enceinte à la fois de son droit à la sécurité de sa personne et de son droit à la liberté.

2. La portée du droit garanti par l'art. 7

J'examine maintenant le degré d'autonomie personnelle dont jouit la femme enceinte en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, lorsqu'elle a à prendre la décision de se faire avorter ou non ou, pour situer la question dans son cadre législatif, jusqu'à quel point le législateur peut refuser à la femme enceinte de se faire avorter sans violer le droit que lui garantit l'art. 7. Ceci amène à examiner dans quelle mesure le législateur peut y «porter atteinte», dans son cas, en vertu du second volet de l'art. 7 et dans quelle mesure il peut le restreindre par des «limites» en vertu de l'article premier.

a) *Les principes de justice fondamentale*

L'article 251 prive-t-il les femmes de leur droit à la liberté et à la sécurité de leur personne «en conformité avec les principes de justice fondamentale»? Je partage l'opinion du juge Lamer lorsqu'il dit, dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 513, en parlant des principes de justice fondamentale, «on ne peut donner à ces mots un contenu exhaustif ou une simple définition par énumération; ils prendront un sens concret au fur et à mesure que les tribunaux étudieront des allégations de violation de l'art. 7.» Dans le même arrêt, le juge Lamer dit aussi, à la p. 503:

En d'autres mots, les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique. Ils relèvent non pas du domaine de l'ordre public en général, mais du pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire. Cette façon d'aborder l'interprétation de l'expression «principes de justice fondamentale» est conforme à la lettre et à l'économie de l'art. 7, au contexte de cet article, c.-à-d. les art. 8 à 14, ainsi qu'à la nature

s. 7 guarantee all the while avoiding adjudication of policy matters.

While Lamer J. draws mainly upon ss. 8 to 14 of the *Charter* to give substantive content to the principles of fundamental justice, he does not preclude, but seems rather to encourage, the idea that recourse may be had to other rights guaranteed by the *Charter* for the same purpose. The question, therefore, is whether the deprivation of the s. 7 right is in accordance not only with procedural fairness (and I agree with the Chief Justice and Beetz J. for the reasons they give that it is not) but also with the fundamental rights and freedoms laid down elsewhere in the *Charter*.

This approach to s. 7 is supported by comments made by La Forest J. in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309. He urged that the rights enshrined in the *Charter* should not be read in isolation. Rather, he states at p. 326:

... the *Charter* protects a complex of interacting values, each more or less fundamental to the free and democratic society that is Canada (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136), and the particularization of rights and freedoms contained in the *Charter* thus represents a somewhat artificial, if necessary and intrinsically worthwhile attempt to structure and focus the judicial exposition of such rights and freedoms. The necessity of structuring the discussion should not, however, lead us to overlook the importance of appreciating the manner in which the amplification of the content of each enunciated right and freedom imbues and informs our understanding of the value structure sought to be protected by the *Charter* as a whole and, in particular, of the content of the other specific rights and freedoms it embodies.

I believe, therefore, that a deprivation of the s. 7 right which has the effect of infringing a right guaranteed elsewhere in the *Charter* cannot be in accordance with the principles of fundamental justice.

In my view, the deprivation of the s. 7 right with which we are concerned in this case offends s. 2(a) of the *Charter*. I say this because I believe that the decision whether or not to terminate a pregnancy is essentially a moral decision, a matter of con-

et aux objets plus généraux de la *Charte* elle-même. Elle donne de la substance aux droits garantis par l'art. 7 tout en évitant de trancher des questions de politique générale.

^a Quoique le juge Lamer puise surtout dans les art. 8 à 14 de la *Charte* pour donner une substance aux principes de justice fondamentale, il n'écarte pas l'idée, qu'il semble au contraire encourager, qu'on puisse recourir aux autres droits garantis par la *Charte* dans le même but. Il faut donc se demander si l'atteinte au droit garanti par l'art. 7 respecte non seulement l'équité en matière de procédure (et je suis d'accord avec les motifs que le Juge en chef et le juge Beetz donnent pour exposer que tel n'est pas le cas), mais aussi les droits et libertés fondamentaux énoncés ailleurs dans la *Charte*.

Les commentaires du juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, vont dans le sens de cette conception de l'art. 7. Il invite à ne pas interpréter les droits enchâssés dans la *Charte* isolément. Au contraire, dit-il, à la p. 326:

... la *Charte* sert à sauvegarder un ensemble complexe de valeurs interreliées, dont chacune constitue un élément plus ou moins fondamental de la société libre et démocratique qu'est le Canada (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136), et la spécification des droits et libertés dans la *Charte* représente en conséquence une tentative quelque peu artificielle, quoique nécessaire et intrinsèquement valable, de structurer et d'orienter l'expression judiciaire de ces mêmes droits et libertés. La nécessité d'une analyse structurée ne devrait toutefois pas nous amener à perdre de vue l'importance que revêt la manière dont l'élargissement de la portée de chaque droit et liberté énoncé donne sens et forme à notre compréhension du système de valeurs que vise à protéger la *Charte* dans son ensemble et, en particulier, à notre compréhension de la portée des autres droits et libertés qu'elle garantit.

Je crois donc qu'une atteinte au droit conféré par l'art. 7 qui a pour effet d'enfreindre un droit que garantit par ailleurs la *Charte* ne saurait être conforme aux principes de justice fondamentale.

À mon avis, l'atteinte au droit conféré par l'art. 7 qui nous intéresse en l'espèce enfreint l'al. 2a) de la *Charte*. Si je dis ceci, c'est que je crois que la décision d'interrompre ou non une grossesse est essentiellement une décision morale, une question

science. I do not think there is or can be any dispute about that. The question is: whose conscience? Is the conscience of the woman to be paramount or the conscience of the state? I believe, for the reasons I gave in discussing the right to liberty, that in a free and democratic society it must be the conscience of the individual. Indeed, s. 2(a) makes it clear that this freedom belongs to "everyone", i.e., to each of us individually. I quote the section for convenience:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(a) freedom of conscience and religion;

In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, Dickson C.J. made some very insightful comments about the nature of the right enshrined in s. 2(a) of the *Charter* at pp. 345-47:

Beginning, however, with the Independent faction within the Parliamentary party during the Commonwealth or Interregnum, many, even among those who shared the basic beliefs of the ascendent religion, came to voice opposition to the use of the State's coercive power to secure obedience to religious precepts and to extirpate non-conforming beliefs. The basis of this opposition was no longer simply a conviction that the State was enforcing the wrong set of beliefs and practices but rather the perception that belief itself was not amenable to compulsion. Attempts to compel belief or practice denied the reality of individual conscience and dishonoured the God that had planted it in His creatures. It is from these antecedents that the concepts of freedom of religion and freedom of conscience became associated, to form, as they do in s. 2(a) of our *Charter*, the single integrated concept of "freedom of conscience and religion".

What unites enunciated freedoms in the American First Amendment, in s. 2(a) of the *Charter* and in the provisions of other human rights documents in which they are associated is the notion of the centrality of individual conscience and the inappropriateness of governmental intervention to compel or to constrain its manifestation. In *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, the purpose of the *Charter* was identified, at p. 155, as "the unremitting protection of individual rights and liberties". It is easy to see the relationship between respect

de conscience. Je ne pense pas qu'on le conteste ni puisse le contester. La question qui se pose est donc: quelle conscience? La conscience de la femme doit-elle prévaloir sur la conscience de l'État? Je crois, pour les raisons que j'ai données dans mon analyse du droit à la liberté, que dans une société libre et démocratique ce doit être la conscience de l'individu. D'ailleurs l'al. 2a) dit clairement que cette liberté c'est celle de "chacun", c.-à-d. de chacun de nous pris individuellement. Je cite l'alinéa pour plus de commodité:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

a) liberté de conscience et de religion;

Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, le juge en chef Dickson fait preuve d'une grande perspicacité dans ses commentaires sur la nature du droit enchâssé à l'al. 2a) de la *Charte*, aux pp. 345 à 347:

Toutefois, suivant le mouvement amorcé à l'époque du Commonwealth ou de l'Interregne par la faction dite «indépendante» au sein du parti parlementaire, bien des gens, même parmi les adeptes des croyances fondamentales de la religion dominante, ont fini par s'opposer à ce que le pouvoir coercitif de l'État soit utilisé pour assurer l'obéissance à des préceptes religieux et pour extirper les croyances non conformistes. Il s'agissait, à ce moment-là, non plus d'une opposition fondée simplement sur la conviction que l'État imposait l'observance des mauvaises croyances et pratiques, mais d'une opposition fondée sur le sentiment que la croyance elle-même n'était pas quelque chose qui pouvait être imposé. Toute tentative d'imposer l'observance de croyances et de pratiques constituait un déni de la réalité de la conscience individuelle et déshonorait le Dieu qui en avait doté Ses créatures. Voilà donc comment les concepts de la liberté de religion et de la liberté de conscience se sont rattachés pour former, comme c'est le cas à l'al. 2a) de notre *Charte*, une seule et unique notion qui est la «liberté de conscience et de religion».

Les libertés énoncées dans le Premier amendement de la Constitution des États-Unis, à l'al. 2a) de la *Charte* et dans les dispositions d'autres documents relatifs aux droits de la personne ont en commun la prééminence de la conscience individuelle et l'inopportunité de toute intervention gouvernementale visant à forcer ou à empêcher sa manifestation. L'arrêt *Hunter c. Southam Inc.* précité, précise à la p. 155, que la *Charte* a pour objet «la protection constante des droits et libertés individuels». On voit facilement le rapport entre le respect de

for individual conscience and the valuation of human dignity that motivates such unremitting protection.

It should also be noted, however, that an emphasis on individual conscience and individual judgment also lies at the heart of our democratic political tradition. The ability of each citizen to make free and informed decisions is the absolute prerequisite for the legitimacy, acceptability, and efficacy of our system of self-government. It is because of the centrality of the rights associated with freedom of individual conscience both to basic beliefs about human worth and dignity and to a free and democratic political system that American jurisprudence has emphasized the primacy or "firstness" of the First Amendment. It is this same centrality that in my view underlies their designation in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as "fundamental". They are the *sine qua non* of the political tradition underlying the *Charter*.

Viewed in this context, the purpose of freedom of conscience and religion becomes clear. The values that underlie our political and philosophic traditions demand that every individual be free to hold and to manifest whatever beliefs and opinions his or her conscience dictates, provided *inter alia* only that such manifestations do not injure his or her neighbours or their parallel rights to hold and manifest beliefs and opinions of their own. Religious belief and practice are historically prototypical and, in many ways, paradigmatic of conscientiously-held beliefs and manifestations and are therefore protected by the *Charter*. Equally protected, and for the same reasons, are expressions and manifestations of religious non-belief and refusals to participate in religious practice. It may perhaps be that freedom of conscience and religion extends beyond these principles to prohibit other sorts of governmental involvement in matters having to do with religion. For the present case it is sufficient in my opinion to say that whatever else freedom of conscience and religion may mean, it must at the very least mean this: government may not coerce individuals to affirm a specific religious belief or to manifest a specific religious practice for a sectarian purpose. I leave to another case the degree, if any, to which the government may, to achieve a vital interest or objective, engage in coercive action which s. 2(a) might otherwise prohibit. [Emphasis added.]

The Chief Justice sees religious belief and practice as the paradigmatic example of conscientiously-held beliefs and manifestations and as such

la conscience individuelle et la valorisation de la dignité humaine qui motive cette protection constante.

Toutefois, il faut aussi remarquer que l'insistance sur la conscience et le jugement individuels est également au cœur de notre tradition politique démocratique. La possibilité qu'a chaque citoyen de prendre des décisions libres et éclairées constitue la condition sine qua non de la légitimité, de l'acceptabilité et de l'efficacité de notre système d'auto-détermination. C'est précisément parce que les droits qui se rattachent à la liberté de conscience individuelle se situent au cœur non seulement des convictions fondamentales quant à la valeur et à la dignité de l'être humain, mais aussi de tout système politique libre et démocratique, que la jurisprudence américaine a insisté sur la primauté ou la prééminence du Premier amendement. À mon avis, c'est pour cette même raison que la *Charte canadienne des droits et libertés* parle de libertés «fondamentales». Celles-ci constituent le fondement même de la tradition politique dans laquelle s'insère la *Charte*.

Vu sous cet angle, l'objet de la liberté de conscience et de religion devient évident. Les valeurs qui sous-tendent nos traditions politiques et philosophiques exigent que chacun soit libre d'avoir et de manifester les croyances et les opinions que lui dicte sa conscience, à la condition notamment que ces manifestations ne lèsent pas ses semblables ou leur propre droit d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles. Historiquement, la foi et la pratique religieuses sont, à bien des égards, des archétypes des croyances et manifestations dictées par la conscience et elles sont donc protégées par la *Charte*. La même protection s'applique, pour les mêmes motifs, aux expressions et manifestations d'incroyance et au refus d'observer les pratiques religieuses. Il se peut que la liberté de conscience et de religion outre passe ces principes et qu'elle ait pour effet d'interdire d'autres sortes d'ingérences gouvernementales dans les affaires religieuses. Aux fins de la présente espèce, il me paraît suffisant d'affirmer que, quels que soient les autres sens que peut avoir la liberté de conscience et de religion, elle doit à tout le moins signifier ceci: le gouvernement ne peut, dans un but sectaire, contraindre des personnes à professer une foi religieuse ou à pratiquer une religion en particulier. Je ne me prononce pas ici sur la question de savoir dans quelle mesure, s'il y a lieu, le gouvernement peut, en vue de réaliser un intérêt ou un objectif essentiel, exercer une coercition qui pourrait par ailleurs être interdite par l'al. 2a). [Je souligne.]

Le Juge en chef voit dans la foi et la pratique religieuses l'archétype de croyances et de manifestations dictées par la conscience et, de ce fait,

protected by the *Charter*. But I do not think he is saying that a personal morality which is not founded in religion is outside the protection of s. 2(a). Certainly, it would be my view that conscientious beliefs which are not religiously motivated are equally protected by freedom of conscience in s. 2(a). In so saying I am not unmindful of the fact that the *Charter* opens with an affirmation that "Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God . . ." But I am also mindful that the values entrenched in the *Charter* are those which characterize a free and democratic society.

As is pointed out by Professor Cyril E. M. Joad, then Head of the Department of Philosophy and Psychology at Birkbeck College, University of London, in *Guide to the Philosophy of Morals and Politics* (1938), the role of the state in a democracy is to establish the background conditions under which individual citizens may pursue the ethical values which in their view underlie the good life. He states at p. 801:

For the welfare of the state is nothing apart from the good of the citizens who compose it. It is no doubt true that a State whose citizens are compelled to go right is more efficient than one whose citizens are free to go wrong. But what then? To sacrifice freedom in the interests of efficiency, is to sacrifice what confers upon human beings their humanity. It is no doubt easy to govern a flock of sheep; but there is no credit in the governing, and, if the sheep were born as men, no virtue in the sheep.

Professor Joad further emphasizes at p. 803 that individuals in a democratic society can never be treated "merely as means to ends beyond themselves" because:

To the right of the individual to be treated as an end, which entails his right to the full development and expression of his personality, all other rights and claims must, the democrat holds, be subordinated. I do not know how this principle is to be defended any more than I can frame a defence for the principles of democracy and liberty.

Professor Joad stresses that the essence of a democracy is its recognition of the fact that the state is made for man and not man for the state (p. 805). He firmly rejects the notion that science

protégées par la *Charte*. Mais je ne pense pas qu'il dise qu'une morale personnelle qui n'est pas fondée sur la religion se trouve en dehors de la sphère de protection de l'al. 2a). Certainement, je serais d'avis que ce que l'on croit en conscience, sans motivation religieuse, est également protégé par la liberté de conscience garantie à l'al. 2a). En disant cela, je n'oublie pas que la *Charte* s'ouvre par l'affirmation que «le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu . . .» Mais je n'oublie pas non plus que les valeurs que consacre la *Charte* sont celles qui caractérisent une société libre et démocratique.

Comme l'a fait observer Cyril E. M. Joad, à l'époque chef du département de philosophie et de psychologie au Birkbeck College de l'Université de Londres, dans *Guide to the Philosophy of Morals and Politics* (1938), le rôle de l'État dans une démocratie consiste à créer les conditions de base qui permettent aux citoyens, pris individuellement, de chercher les valeurs éthiques qui à leurs yeux sous-tendent une vie de bien. Il dit, à la p. 801:

[TRADUCTION] Car le bien de l'État n'est rien sans le bien des citoyens qui le composent. Il est sans doute vrai qu'un État dont les citoyens sont forcés de suivre le droit chemin est plus efficace que celui où les citoyens sont libres de s'en écarter. Et alors? Sacrifier la liberté dans l'intérêt de l'efficacité, c'est sacrifier ce qui donne aux êtres humains leur humanité. Sans doute est-il facile de régenter un troupeau de moutons; mais il n'y a alors aucune gloire à gouverner et, si les moutons sont nés hommes, guère de vertu chez les moutons.

Le professeur Joad souligne encore, à la p. 803, que les individus dans une société démocratique ne peuvent jamais être traités [TRADUCTION] «comme un simple moyen pour des fins qui les dépassent», car:

[TRADUCTION] Au droit de l'individu d'être traité comme une fin, qui comporte son droit au plein développement et à la pleine expression de sa personnalité, tous les autres droits et prétentions doivent, prétend le démocrate, être subordonnés. Je ne sais comment défendre ce principe, tout comme je ne saurais concevoir une défense des principes démocratiques et de la liberté.

Le professeur Joad souligne que l'essence d'une démocratie est sa reconnaissance du fait que l'État est fait pour l'homme et non l'homme pour l'État (à la p. 805). Il rejette fermement la notion que la

provides a basis for subordinating the individual to the state. He says at pp. 805-6:

Human beings, it is said, are important only in so far as they fit into a biological scheme or assist in the furtherance of the evolutionary process. Thus each generation of women must accept as its sole function the production of children who will constitute the next generation who, in their turn, will devote their lives and sacrifice their inclinations to the task of producing a further generation, and so on *ad infinitum*. This is the doctrine of eternal sacrifice — “jam yesterday, jam tomorrow, but never jam today”. For, it may be asked, to what end should generations be produced, unless the individuals who compose them are valued in and for themselves, are, in fact, ends in themselves? There is no escape from the doctrine of the perpetual recurrence of generations who have value only in so far as they produce more generations, the perpetual subordination of citizens who have value only in so far as they promote the interests of the State to which they are subordinated, except in the individualist doctrine, which is also the Christian doctrine, that the individual is an end in himself.

It seems to me, therefore, that in a free and democratic society “freedom of conscience and religion” should be broadly construed to extend to conscientiously-held beliefs, whether grounded in religion or in a secular morality. Indeed, as a matter of statutory interpretation, “conscience” and “religion” should not be treated as tautologous if capable of independent, although related, meaning. Accordingly, for the state to take sides on the issue of abortion, as it does in the impugned legislation by making it a criminal offence for the pregnant woman to exercise one of her options, is not only to endorse but also to enforce, on pain of a further loss of liberty through actual imprisonment, one conscientiously-held view at the expense of another. It is to deny freedom of conscience to some, to treat them as means to an end, to deprive them, as Professor MacCormick puts it, of their “essential humanity”. Can this comport with fundamental justice? Was Blackmun J. not correct when he said in *Thornburgh, supra*, at p. 2185:

A woman’s right to make that choice freely is fundamental. Any other result . . . would protect inadequately

science fournit un fondement pour subordonner l’individu à l’État. Il dit, aux pp. 805 et 806:

[TRADUCTION] Les êtres humains, dit-on, ne sont importants que dans la mesure où ils s’insèrent dans une structure biologique ou contribuent au processus évolutif. Ainsi chaque génération de femmes doit accepter comme unique fonction de produire les enfants qui formeront la génération suivante et qui, à leur tour, consacreront leur vie et sacrifieront leurs inclinations à la tâche de produire une autre génération, et ainsi de suite, *ad infinitum*. C’est là la doctrine de l’éternel sacrifice. «Confiture demain et confiture hier, mais jamais confiture aujourd’hui». Car, pourrait-on demander, pour quelle fin ces générations sont-elles produites, à moins que les individus qui les composent ne soient valorisés en eux-mêmes et pour eux-mêmes, et deviennent, en fait, des fins en eux-mêmes? On ne peut échapper à la doctrine du cycle perpétuel des générations n’ayant de valeur que dans la mesure où elles produisent d’autres générations, à la subordination perpétuelle des citoyens, qui n’auraient de valeur que dans la mesure où ils favorisent les intérêts de l’État auquel ils sont subordonnés, si ce n’est dans la doctrine individualiste, qui est aussi la doctrine chrétienne, que l’individu est une fin en lui-même.

Il me semble donc que, dans une société libre et démocratique, la “liberté de conscience et de religion” devrait être interprétée largement et s’étendre aux croyances dictées par la conscience, qu’elles soient fondées sur la religion ou sur une morale laïque. D’ailleurs, sur le plan de l’interprétation législative, les termes “conscience” et “religion” ne devraient pas être considérés comme tautologiques quand ils peuvent avoir un sens distinct, quoique relié. Par conséquent, lorsque l’État prend parti sur la question de l’avortement, comme il le fait dans la loi contestée en incriminant l’exercice par la femme enceinte d’une de ses options, non seulement il adopte mais aussi il impose, sous peine d’une autre perte de liberté par emprisonnement, une opinion dictée par la conscience des uns aux dépens d’une autre. C’est nier la liberté de conscience à certains, les traiter comme un moyen pour une fin, les priver, selon le mot du professeur MacCormick, de “l’essence de leur humanité”. Est-ce compatible avec la justice fondamentale? Le juge Blackmun n’a-t-il pas raison quand il dit dans l’arrêt *Thornburgh*, précité, à la p. 2185:

[TRADUCTION] Le droit de la femme de faire ce choix librement est fondamental. Toute autre conclusion [. . .]

a central part of the sphere of liberty that our law guarantees equally to all.

Legislation which violates freedom of conscience in this manner cannot, in my view, be in accordance with the principles of fundamental justice within the meaning of s. 7.

(b) *Section 1 of the Charter*

The majority of this Court held in *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*, that a deprivation of the s. 7 right in violation of the principles of fundamental justice in the substantive sense could nevertheless constitute a reasonable limit under s. 1 and be justified in a free and democratic society. It is necessary therefore to consider whether s. 251 of the *Criminal Code* can be saved under s. 1. The section provides:

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

This section received judicial scrutiny by this Court in *R. v. Oakes, supra*. Dickson C.J., speaking for the majority, set out two criteria which must be met if the limit is to be found reasonable: (1) the objective which the legislation is designed to achieve must relate to concerns which are pressing and substantial; and (2) the means chosen must be proportional to the objective sought to be achieved. The Chief Justice identified three important components of proportionality at p. 139:

First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in the first sense, should impair "as little as possible" the right or freedom in question: *R. v. Big M Drug Mart Ltd., supra*, at p. 352. Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the *Charter* right or freedom, and the objective which has been identified as of "sufficient importance".

protégerait inadéquatement un aspect central de cette sphère de liberté que notre droit garantit également à tous.

a Une loi qui viole la liberté de conscience de cette manière ne saurait, à mon avis, être conforme aux principes de justice fondamentale au sens de l'art. 7.

b) *L'article premier de la Charte*

c Cette Cour, à la majorité, a jugé dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B., précité*, qu'une atteinte au droit garanti par l'art. 7, en violation des principes de justice fondamentale sur le plan du fond, pouvait néanmoins constituer une limite raisonnable au sens de l'article premier et être justifiée dans une société libre et démocratique. Il est donc nécessaire de rechercher si l'art. 251 du *Code criminel* peut être sauvegardé en vertu de l'article premier. Cet article porte:

e 1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

f La Cour a étudié cet article dans son arrêt *R. c. Oakes, précité*. Le juge en chef Dickson, au nom de la majorité, y énonce deux critères qui doivent être respectés pour que la limite soit jugée raisonnable: 1) l'objectif pour lequel la loi a été conçue doit être lié à des préoccupations urgentes et réelles; 2) les moyens choisis doivent être proportionnels à l'objectif recherché. Le Juge en chef discerne trois composantes importantes de la proportionnalité, à la p. 139:

h Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question: *R. c. Big M Drug Mart Ltd. précité*, à la p. 352. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et l'objectif reconnu comme «suffisamment important».

Does section 251 meet this test?

In my view, the primary objective of the impugned legislation must be seen as the protection of the foetus. It undoubtedly has other ancillary objectives, such as the protection of the life and health of pregnant women, but I believe that the main objective advanced to justify a restriction on the pregnant woman's s. 7 right is the protection of the foetus. I think this is a perfectly valid legislative objective.

Miss Wein submitted on behalf of the Crown that the Court of Appeal was correct in concluding at p. 378 that "the situation respecting a woman's right to control her own person becomes more complex when she becomes pregnant, and that some statutory control may be appropriate". I agree. I think s. 1 of the *Charter* authorizes reasonable limits to be put upon the woman's right having regard to the fact of the developing foetus within her body. The question is: at what point in the pregnancy does the protection of the foetus become such a pressing and substantial concern as to outweigh the fundamental right of the woman to decide whether or not to carry the foetus to term? At what point does the state's interest in the protection of the foetus become "compelling" and justify state intervention in what is otherwise a matter of purely personal and private concern?

In *Roe v. Wade, supra*, the United States Supreme Court held that the state's interest became compelling when the foetus became viable, i.e., when it could exist outside the body of the mother. As Miss Wein pointed out, no particular justification was advanced by the Court for the selection of viability as the relevant criterion. The Court expressly avoided the question as to when human life begins. Blackmun J. stated at p. 159:

We need not resolve the difficult question of when life begins. When those trained in the respective disciplines of medicine, philosophy, and theology are unable to arrive at any consensus, the judiciary, at this point in the development of man's knowledge, is not in a position to speculate as to the answer.

L'article 251 répond-il à ce critère?

À mon avis, il faut voir dans l'objectif premier de la loi contestée la protection du fœtus. Elle a sans doute d'autres objectifs secondaires, telle la protection de la vie et de la santé de la femme enceinte, mais je crois que l'objectif principal invoqué pour justifier la restriction du droit de la femme enceinte garanti par l'art. 7 est la protection du fœtus. J'estime que c'est là un objectif législatif parfaitement valide.

M^e Wein a soutenu au nom du ministère public que la Cour d'appel pouvait, à bon droit, conclure que [TRADUCTION] «la situation du droit de la femme à être maîtresse de sa propre personne se complique lorsqu'elle devient enceinte et qu'un certain contrôle de la loi peut se révéler approprié» (à la p. 378). J'en conviens. Je pense que l'article premier de la *Charte* permet de fixer des limites raisonnables au droit de la femme compte tenu du fœtus qui se développe dans son corps. Il faut donc se demander à quel stade de la grossesse, la protection du fœtus devient-elle urgente et revêt-elle une importance réelle telle qu'elle prévaut sur le droit fondamental de la femme de décider de le mener ou non à terme? À quel stade l'intérêt qu'a l'État à protéger le fœtus devient-il «supérieur» et justifie-t-il son intervention dans ce qui, autrement, ne serait qu'une question purement personnelle et privée?

Dans l'arrêt *Roe v. Wade*, précité, la Cour suprême des États-Unis a jugé que l'intérêt de l'État doit prévaloir lorsque le fœtus devient viable, c'est-à-dire lorsqu'il peut vivre à l'extérieur du corps de la mère. Comme M^e Wein l'a fait observer, la Cour n'a proposé aucune justification particulière pour le choix du critère de la viabilité. La Cour a expressément évité la question du moment où la vie humaine commence. Le juge Blackmun dit, à la p. 159:

[TRADUCTION] Nous n'avons pas à résoudre la difficile question du moment où commence la vie. Lorsque les spécialistes de ces disciplines respectives que sont la médecine, la philosophie et la théologie sont incapables d'arriver à un consensus, le pouvoir judiciaire, à ce point du développement des connaissances humaines, n'est pas en mesure de conjecturer une réponse.

He referred, therefore, to the developing foetus as “potential life” and to the state’s interest as “the protection of potential life”.

Miss Wein submitted that it was likewise not necessary for the Court in this case to decide when human life begins although she acknowledged that the value to be placed on “potential life” was significant in assessing the importance of the legislative objective sought to be achieved by s. 251. It would be my view, and I think it is consistent with the position taken by the United States Supreme Court in *Roe v. Wade*, that the value to be placed on the foetus as potential life is directly related to the stage of its development during gestation. The undeveloped foetus starts out as a newly fertilized ovum; the fully developed foetus emerges ultimately as an infant. A developmental progression takes place in between these two extremes and, in my opinion, this progression has a direct bearing on the value of the foetus as potential life. It is a fact of human experience that a miscarriage or spontaneous abortion of the foetus at six months is attended by far greater sorrow and sense of loss than a miscarriage or spontaneous abortion at six days or even six weeks. This is not, of course, to deny that the foetus is potential life from the moment of conception. Indeed, I agree with the observation of O’Connor J., dissenting in *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, *supra*, at p. 461, (referred to by my colleague Beetz J. in his reasons, at p. 113) that the foetus is potential life from the moment of conception. It is simply to say that in balancing the state’s interest in the protection of the foetus as potential life under s. 1 of the *Charter* against the right of the pregnant woman under s. 7 greater weight should be given to the state’s interest in the later stages of pregnancy than in the earlier. The foetus should accordingly, for purposes of s. 1, be viewed in differential and developmental terms: see L. W. Sumner, Professor of Philosophy at the University of Toronto, *Abortion and Moral Theory* (1981), pp. 125-28.

Il qualifie donc le fœtus en développement de [TRADUCTION] «vie potentielle» et l’intérêt de l’État comme étant [TRADUCTION] «la protection d’une vie potentielle».

a

M^e Wein a fait valoir qu’il n’était de même pas nécessaire qu’en l’espèce la Cour décide du moment où commence la vie quoiqu’elle ait reconnu que la valeur attribuée à une “vie potentielle” devait être prise en compte dans l’évaluation de l’importance de l’objectif législatif recherché par l’art. 251. Je serais d’avis, et je pense que ce point de vue est compatible avec la position prise par la Cour suprême des États-Unis dans l’arrêt *Roe v. Wade*, que la valeur attribuée au fœtus en tant que vie potentielle est directement reliée au stade de son développement au cours de la grossesse. Le fœtus au stade embryonnaire provient d’un ovule nouvellement fécondé; le fœtus totalement développé devient en définitive un nouveau-né. Le développement progresse entre ces deux extrêmes et, à mon avis, cette progression influe directement sur la valeur à attribuer au fœtus en tant que vie potentielle. Il ressort en fait de l’expérience humaine qu’une fausse-couche ou un avortement spontané du fœtus à six mois cause un chagrin et une épreuve beaucoup plus grands qu’une fausse-couche ou un avortement spontané à six jours ou même à six semaines. Ceci ne revient évidemment pas à nier que le fœtus soit une vie potentielle dès le moment de la conception. De fait, je suis d’accord avec le commentaire du juge O’Connor, dissidente, dans l’affaire *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, précitée, à la p. 461 (citée par le juge Beetz dans ses motifs, à la p. 113) que le fœtus est une vie potentielle dès le moment de la conception. Cela revient simplement à dire qu’en soupesant l’intérêt qu’a l’État à protéger le fœtus en tant que vie potentielle en vertu de l’article premier de la *Charte* et le droit de la femme enceinte en vertu de l’art. 7, un plus grand poids devrait être donné à l’intérêt de l’État dans les derniers stades de la grossesse que dans les premiers. On devrait donc considérer le fœtus, aux fins de l’article premier, en termes de développement et de phases: voir L. W. Sumner, professeur de philosophie à l’Université de Toronto, *Abortion and Moral Theory* (1981), aux pp. 125 à 128.

b

c

d

e

f

g

h

i

j

As Professor Sumner points out, both traditional approaches to abortion, the so-called "liberal" and "conservative" approaches, fail to take account of the essentially developmental nature of the gestation process. A developmental view of the foetus, on the other hand, supports a permissive approach to abortion in the early stages of pregnancy and a restrictive approach in the later stages. In the early stages the woman's autonomy would be absolute; her decision, reached in consultation with her physician, not to carry the foetus to term would be conclusive. The state would have no business inquiring into her reasons. Her reasons for having an abortion would, however, be the proper subject of inquiry at the later stages of her pregnancy when the state's compelling interest in the protection of the foetus would justify it in prescribing conditions. The precise point in the development of the foetus at which the state's interest in its protection becomes "compelling" I leave to the informed judgment of the legislature which is in a position to receive guidance on the subject from all the relevant disciplines. It seems to me, however, that it might fall somewhere in the second trimester. Indeed, according to Professor Sumner (p. 159), a differential abortion policy with a time limit in the second trimester is already in operation in the United States, Great Britain, France, Italy, Sweden, the Soviet Union, China, India, Japan and most of the countries of Eastern Europe although the time limits vary in these countries from the beginning to the end of the second trimester (cf. Stephen L. Isaacs, "Reproductive Rights 1983: An International Survey" (1982-83), 14 *Columbia Human Rights Law Rev.* 311, with respect to France and Italy).

Section 251 of the *Criminal Code* takes the decision away from the woman at all stages of her pregnancy. It is a complete denial of the woman's constitutionally protected right under s. 7, not merely a limitation on it. It cannot, in my opinion, meet the proportionality test in *Oakes*. It is not sufficiently tailored to the legislative objective and does not impair the woman's right "as little as possible". It cannot be saved under s. 1. Accordingly, even if the section were to be amended to

Comme le fait observer le professeur Sumner, les deux approches traditionnelles de l'avortement, les approches dites "libérale" et "conservatrice", ne tiennent pas compte de la nature essentiellement évolutive de la grossesse. Une conception du foetus fondée sur le stade de développement, d'autre part, appuie une approche permissive de l'avortement dans les premiers stades de la grossesse et une approche restrictive dans les derniers stades. Dans les premiers stades, l'autonomie de la femme serait absolue; sa décision, prise en consultation avec son médecin, de ne pas mener le foetus à terme serait décisive. L'État n'aurait pas à connaître ses raisons. Ses raisons d'avoir un avortement pourraient toutefois, à bon droit, faire l'objet d'une investigation dans les derniers stades de sa grossesse, alors que l'intérêt supérieur qu'a l'État de protéger le foetus justifierait l'imposition de conditions. Quant au point précis du développement du foetus où l'intérêt qu'a l'État de le protéger devient "supérieur", je laisse le soin de le fixer au jugement éclairé du législateur, qui est en mesure de recevoir des avis à ce sujet de l'ensemble des disciplines pertinentes. Il me semble cependant que ce point pourrait se situer quelque part au cours du second trimestre. D'ailleurs, d'après le professeur Sumner (à la p. 159), une politique d'avortement en fonction de phases, avec une limite placée au cours du second trimestre, est déjà en vigueur aux États-Unis, en Grande-Bretagne, en France, en Italie, en Suède, en Union soviétique, en Chine, en Inde, au Japon et dans la plupart des pays de l'Europe de l'Est, le délai variant, selon les pays, du début à la fin du second trimestre (cf. Stephen L. Isaacs, "Reproductive Rights 1983: An International Survey" (1982-83), 14 *Columbia Human Rights Law Rev.* 311, en ce qui concerne la France et l'Italie).

L'article 251 du *Code criminel* enlève cette décision à la femme à tous les stades de la grossesse. C'est une dénégation complète du droit constitutionnellement garanti à la femme par l'art. 7, non une simple limitation de celui-ci. L'article ne saurait, à mon avis, répondre au critère de proportionnalité de l'arrêt *Oakes*. Il n'est pas suffisamment adapté à l'objectif législatif et ne porte pas atteinte au droit de la femme «le moins possible». Il ne saurait être sauvegardé en vertu de l'article pre-

remedy the purely procedural defects in the legislative scheme referred to by the Chief Justice and Beetz J. it would, in my opinion, still not be constitutionally valid.

One final word. I wish to emphasize that in these reasons I have dealt with the existence of the developing foetus merely as a factor to be considered in assessing the importance of the legislative objective under s. 1 of the *Charter*. I have not dealt with the entirely separate question whether a foetus is covered by the word "everyone" in s. 7 so as to have an independent right to life under that section. The Crown did not argue it and it is not necessary to decide it in order to dispose of the issues on this appeal.

3. Disposition

I would allow the appeal. I would strike down s. 251 of the *Criminal Code* as having no force or effect under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. I would answer the first constitutional question in the affirmative as regards s. 7 of the *Charter* and the second constitutional question in the negative. I would answer questions 3, 4 and 5 in the negative and question 6 in the manner proposed by Beetz J. It is not necessary to answer question 7.

I endorse the Chief Justice's critical comments on Mr. Manning's concluding remarks to the jury.

Appeal allowed, MCINTYRE and LA FOREST JJ. dissenting. The first constitutional question should be answered in the affirmative as regards s. 7 only and the second in the negative as regards s. 7 only. The third, fourth and fifth constitutional questions should be answered in the negative. The sixth constitutional question should be answered in the negative with respect to s. 605 of the Criminal Code and should not be answered as regards s. 610(3). The seventh constitutional question should not be answered.

mier. Par conséquent, même si l'article devait être modifié pour remédier aux vices de procédure de la structure législative dont ont parlé le Juge en chef et le juge Beetz, il demeurerait, à mon avis, ^a inconstitutionnel.

Un dernier mot. Je désire souligner que dans ces motifs je n'ai traité du fœtus en développement que dans la mesure où il s'agissait d'un facteur dont il fallait tenir compte pour évaluer l'importance de l'objectif législatif, au regard de l'article premier de la *Charte*. Je n'ai pas traité de la question entièrement distincte de savoir si le terme «chacun», à l'art. 7, vise aussi le fœtus, lui conférant un droit indépendant à la vie en vertu de l'article. Le ministère public n'en a pas débattu et il n'est pas nécessaire de la trancher pour statuer sur les questions en litige en l'espèce.

3. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'art. 251 du *Code criminel* parce qu'inopérant en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Je suis également d'avis de répondre à la première question constitutionnelle par l'affirmative en ce qui concerne l'art. 7 de la *Charte*, et à la seconde question constitutionnelle par la négative. Je réponds aux troisième, quatrième et cinquième questions par la négative et à la sixième question de la manière proposée par le juge Beetz. Il n'est pas nécessaire de répondre à la septième question.

J'adopte les critiques du Juge en chef à l'égard des observations finales adressées par M^e Manning au jury.

Pourvoi accueilli, les juges MCINTYRE et LA FOREST étant dissidents. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative en ce qui concerne l'art. 7 uniquement et la deuxième question une réponse négative en ce qui concerne l'art. 7 uniquement. Les troisième, quatrième et cinquième questions reçoivent une réponse négative. La sixième question reçoit une réponse négative en ce qui concerne l'art. 605 du Code criminel et aucune réponse en ce qui concerne le par. 610(3). Il n'est pas nécessaire de répondre à la septième question.

*Solicitor for the appellants: Morris Manning,
Toronto.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General
for Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener: Frank Iacobucci,
Ottawa.*

*Procureur des appelants: Morris Manning,
Toronto.*

*Procureur de l'intimé: Procureur général de
l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant: Frank Iacobucci,
Ottawa.*