

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

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

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

INDEXED AS: R. V. MORGENTALER

File No.: 19556.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

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

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

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

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

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

c.

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

et

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

The reasons of Beetz and Estey JJ. were delivered by

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

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

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

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

Version française des motifs des juges Beetz et Estey rendus par

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

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

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

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

The reasons of Beetz and Estey JJ. were delivered by

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

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

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

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

Version française des motifs des juges Beetz et Estey rendus par

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Section 251 of the *Criminal Code* provides:

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

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

(3) In this section, "means" includes

- (a) the administration of a drug or other noxious thing,
- (b) the use of an instrument, and
- (c) manipulation of any kind.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

L'article 251 du *Code criminel* prévoit:

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

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

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

- a) l'administration d'une drogue ou autre substance délétère,
- b) l'emploi d'un instrument, et
- c) toute manipulation.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Section 7 of the *Charter* provides:

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

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

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

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

## II — Le droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7 de la Charte

L'article 7 de la *Charte* prévoit:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(1) Lack of Hospitals with Therapeutic Abortion Committees

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## (2) Delays Caused by Quotas

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

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

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

## (2) Les délais dus au contingentement

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 2. Consequences of the Delays

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

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

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

## 2. Les conséquences des délais

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### IV — The Principles of Fundamental Justice

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

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

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

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

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

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

#### IV — Les principes de justice fondamentale

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

certain or immediate at the time the certificate is issued.

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### V — Section 1 of the Charter

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

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

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

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

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

#### (1) *The Objective of s. 251*

I agree with Wilson J.'s characterization of s. 251, explained in the following terms, at p. 181:

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

pour lesquels le par. 251(4) a été édicté. Ces règles inutiles, du fait qu'elles imposent des délais qui entraînent un risque additionnel pour la santé des femmes, sont nettement injustes.

#### <sup>a</sup> V — L'article premier de la Charte

Je partage l'avis qu'on peut avoir recours à l'article premier de la *Charte* pour sauvegarder une disposition législative qui enfreint l'art. 7 de la manière dont l'art. 251 du *Code criminel* viole celui-ci en l'espèce. L'article premier porte:

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

<sup>c</sup> Le Juge en chef fournit, dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, aux pp. 138 et 139, une analyse de l'article premier qui est pertinente aux fins d'aborder ce même article en l'espèce. Ceux qui veulent soutenir la validité de l'art. 251 du *Code criminel* doivent démontrer ce qui suit:

- <sup>d</sup> (1) l'objectif que l'art. 251 vise à servir doit «se rapporte[r] à des préoccupations urgentes et réelles»; et
- <sup>e</sup> (2) «dès qu'il est reconnu qu'un objectif est suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier doit alors démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Cela nécessite l'application d'une sorte de critère de proportionnalité».

<sup>f</sup> Je vais examiner chacun de ces deux critères auxquels il faut satisfaire pour que la restriction du droit conféré par l'art. 7 soit jugée raisonnable.

#### <sup>g</sup> (1) *L'objectif de l'art. 251*

<sup>h</sup> Je souscris à la façon dont le juge Wilson qualifie l'art. 251, à la p. 181:

<sup>i</sup> À mon avis, il faut voir dans l'objectif premier de la loi contestée la protection du foetus. Elle a sans doute d'autres objectifs secondaires, telle la protection de la vie et de la santé de la femme enceinte, mais je crois que l'objectif principal invoqué pour justifier la restriction du droit de la femme enceinte garanti par l'art. 7 est la protection du foetus.

The primary objective of the protection of the foetus is the main objective relevant to the analysis of s. 251 under the first test of *Oakes*. With the greatest respect, I believe the Chief Justice incorrectly identifies (at p. 75) the objective of balancing foetal interests and those of pregnant women, "with the lives and health of women a major factor", as "sufficiently important to meet the requirements of the first step in the *Oakes* inquiry under s. 1".

The focus in *Oakes* is the objective "which the measures responsible for a limit on a *Charter* right or freedom are designed to serve" (*supra*, at p. 138). In the context of the criminal law of abortion, the objective, which the measures in s. 251 responsible for a limit on the s. 7 *Charter* right are designed to serve, is the protection of the foetus. The narrow aim of s. 251(4) should not be confused with the primary objective of s. 251 as a whole. Given that s. 251 is a "comprehensive code", to use the expression of the Chief Justice, it is inappropriate, in my view, to focus on the exculpatory provision alone as the statement of Parliament's objective in establishing the crime. (See *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 751, in which the Court unanimously held that an exemption must be read in light of the affirmative provision to which it relates.) The ancillary objective of protecting the life or health of the pregnant woman, whether viewed alone or balanced against the protection of the foetus, is not the primary objective which the measures responsible for a limit on the constitutional right to security of the person were put in place to achieve.

This balance cannot be considered as Parliament's objective in establishing the crime nor in maintaining this activity as a crime following the amendments to the *Criminal Code* in 1969. Section 251(4) only applies in specified circumstances. When the life or health of a pregnant woman is not in danger and she seeks an abortion on the basis of her own non-medical "priorities and aspirations", it is plain that the rules in s. 251 preclud-

L'objectif premier, celui de la protection du foetus, est le principal objectif pertinent pour l'analyse de l'art. 251 selon le premier critère de l'arrêt *Oakes*. Je crois, en toute déférence, que le Juge en chef a mal identifié (à la p. 75) l'objectif d'équilibrer les intérêts du foetus et ceux des femmes enceintes — "la vie et la santé des femmes étant un facteur majeur" — comme étant "suffisamment important pour répondre aux exigences du premier volet de l'analyse, selon l'arrêt *Oakes*, au regard de l'article premier".

Le point central en vertu de l'arrêt *Oakes* est l'objectif «que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*» (précité, à la p. 138). Dans le contexte du droit criminel en matière d'avortement, l'objectif que visent à servir les mesures prévues à l'art. 251, qui sont à l'origine de la restriction du droit conféré par l'art. 7 de la *Charte*, est la protection du foetus. On ne doit pas confondre le but limité du par. 251(4) et l'objectif premier de l'art. 251 pris dans son ensemble. Étant donné que l'art. 251 constitue un «code complet», pour reprendre l'expression du Juge en chef, on ne peut à bon droit, à mon sens, se concentrer sur la disposition disculpatoire seule comme étant l'énoncé de l'objectif du Parlement en créant le crime. (Voir l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 751, où cette Cour a reconnu unanimement qu'une exemption doit s'interpréter en fonction de la disposition affirmative à laquelle elle se rapporte.) L'objectif secondaire, savoir la protection de la vie ou de la santé de la femme enceinte, considéré seul ou par rapport à la protection du foetus, n'est pas l'objectif premier pour lequel les mesures à l'origine de la restriction du droit constitutionnel à la sécurité de la personne ont été instaurées.

Cet équilibre ne peut pas être considéré comme l'objectif ayant conduit le Parlement à créer ce crime ni à conserver cette activité dans la catégorie des crimes suite aux modifications apportées au *Code criminel* en 1969. Le paragraphe 251(4) ne s'applique que dans des cas délimités. Lorsque la vie ou la santé d'une femme enceinte n'est pas en danger et qu'elle recherche un avortement en raison de ses propres «priorités et aspirations» non

ing her from obtaining a lawful abortion have as their sole objective the protection of the foetus.

Furthermore, as federal legislation in respect of Parliament's jurisdiction over the criminal law in s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, s. 251 cannot be said to have as its sole or principal objective, as the appellants argue, the protection of the life or health of pregnant women. Legislation which in its pith and substance is related to the life or health of pregnant women, depending of course on its precise terms, would be characterized as in relation to one of the provincial heads of power (see *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112, at p. 137, *per* Dickson J., as he then was). The exculpatory provision in s. 251(4) cannot stand on its own as a valid exercise of Parliament's criminal law power.

Does the objective of protecting the foetus in s. 251 relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society? The answer to the first step of the *Oakes* test is yes. I am of the view that the protection of the foetus is and, as the Court of Appeal observed, always has been, a valid objective in Canadian criminal law. I have already elaborated on this objective in my discussion of the principles of fundamental justice. I think s. 1 of the *Charter* authorizes reasonable limits to be put on a woman's right having regard to the state interest in the protection of the foetus.

## (2) *Proportionality*

I turn now to the second test in *Oakes*. The Crown must show that the means chosen in s. 251 are reasonable and demonstrably justified. In *Oakes, supra*, at p. 139, the Chief Justice outlined three components of the proportionality test:

First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair "as little

médicales, il est manifeste que les règles de l'art. 251 qui l'empêchent d'obtenir un avortement licite ont comme seul objectif la protection du fœtus.

En outre, comme il s'agit d'un texte législatif fédéral relevant de la compétence du Parlement en matière de droit criminel, selon le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, on ne peut dire de l'art. 251 qu'il a pour unique ou principal objectif, comme les appelants le soutiennent, la protection de la vie ou de la santé des femmes enceintes. Une mesure législative qui, de par son caractère véritable, se rapporte à la vie ou à la santé des femmes enceintes, en fonction naturellement de ses termes précis, serait qualifiée de relative à l'un des chefs de compétence provinciale (voir *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, à la p. 137, le juge Dickson, maintenant Juge en chef). La disposition disculpatoire du par. 251(4) ne saurait subsister d'elle-même à titre d'exercice valide de la compétence fédérale en matière de droit criminel.

La protection du fœtus à titre d'objectif de l'art. 251 se rapporte-t-elle à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique? La réponse au premier volet du critère de l'arrêt *Oakes* est affirmative. Je suis d'avis que la protection du fœtus est et, comme l'a fait observer la Cour d'appel, a toujours été un objectif valide du droit criminel canadien. J'ai déjà examiné en détail cet objectif dans mon analyse des principes de justice fondamentale. Je pense que l'article premier de la *Charte* permet de limiter raisonnablement le droit d'une femme compte tenu de l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus.

## (2) *Le critère de proportionnalité*

J'en viens maintenant au second critère de l'arrêt *Oakes*. Le ministère public doit démontrer que les moyens choisis à l'art. 251 sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Dans l'arrêt *Oakes*, précité, à la p. 139, le Juge en chef expose les trois composantes du critère de la proportionnalité:

Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un

as possible" the right or freedom in question: *R. v. Big M. Drug Mart Ltd.*, . . . at p. 352. Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the *Charter* right or freedom, and the objective which has been identified as of "sufficient importance".

For the purposes of the first component of proportionality, I observe that it was necessary, in my discussion of s. 251(4) and the principles of fundamental justice, to explain my view that certain of the rules governing access to therapeutic abortions free from criminal sanction are unnecessary in respect of the objectives which s. 251 is designed to serve. A rule which is unnecessary in respect of Parliament's objectives cannot be said to be "rationally connected" thereto or to be "carefully designed to achieve the objective in question". Furthermore, not only are some of the rules in s. 251 unnecessary to the primary objective of the protection of the foetus and the ancillary objective of the protection of the pregnant woman's life or health, but their practical effect is to undermine the health of the woman which Parliament purports to consider so important. Consequently, s. 251 does not meet the proportionality test in *Oakes*.

There is no saving s. 251 by simply severing the offending portions of s. 251(4). The current rule expressed in s. 251, which articulates both Parliament's principal and ancillary objectives, cannot stand without the exception in s. 251(4). The violation of pregnant women's security of the person would be greater, not lesser, if s. 251(4) was severed leaving the remaining subsections of s. 251 as they are in the *Criminal Code*.

Given my conclusion in respect of the first component of the proportionality test, it is not necessary to address the questions as to whether the means in s. 251 "impair as little as possible" the s. 7 *Charter* right and whether there is a proportionality between the effects of s. 251 and the objective of protecting the foetus. Thus, I am not required to answer the difficult question concerning the cir-

tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [ . . . ] à la p. 352. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et l'objectif reconnu comme «suffisamment important».

Pour les fins de la première composante de la proportionnalité, j'ai fait observer, dans mon analyse du par. 251(4) et des principes de justice fondamentale, qu'il était nécessaire d'expliquer mon opinion que certaines des règles régissant la possibilité d'obtenir un avortement thérapeutique, sans menace de répression pénale, ne sont pas nécessaires pour atteindre les objectifs pour lesquels l'art. 251 a été conçu. On ne saurait dire d'une règle qui n'est pas nécessaire pour atteindre les objectifs du législateur qu'elle a un «lien rationnel» avec ceux-ci ni qu'elle a été «soigneusement conçue pour atteindre l'objectif en question». De plus, non seulement certaines des règles de l'art. 251 ne sont-elles pas nécessaires à l'objectif premier, soit la protection du foetus, et à l'objectif secondaire, soit la protection de la vie ou de la santé de la femme enceinte, mais encore elles ont pour effet pratique de miner la santé de la femme que le législateur prétend considérer si importante. Par conséquent, l'art. 251 ne satisfait pas au critère de proportionnalité de l'arrêt *Oakes*.

L'article 251 ne saurait être sauvegardé par le simple retranchement des parties fautives du par. 251(4). La règle actuellement exprimée à l'art. 251, qui traduit à la fois les objectifs principaux et secondaires du législateur, ne saurait subsister sans l'exception du par. 251(4). La violation de la sécurité de la personne des femmes enceintes serait plus grande, et non moindre, si le par. 251(4) devait être retranché, laissant tels quels dans le *Code criminel* les autres paragraphes de l'art. 251.

Étant donné ma conclusion relative à la première composante du critère de la proportionnalité, il n'est pas nécessaire d'aborder les questions de savoir si les moyens choisis à l'art. 251 «porte[nt] le moins possible atteinte» au droit conféré par l'art. 7 de la *Charte* et s'il y a proportionnalité entre les effets de l'art. 251 et l'objectif consistant à protéger le foetus. Ainsi, je n'ai pas à répondre à



cumstances in which there is a proportionality between the effects of s. 251 which limit the right of pregnant women to security of the person and the objective of the protection of the foetus. I do feel bound, however, to comment upon the balance which Parliament sought to achieve between the interest in the protection of the foetus and the interest in the life or health of the pregnant woman in adopting the amendments to the *Criminal Code* in 1969.

In *Oakes, supra*, at p. 140, the Chief Justice further explained the third component of the proportionality test in the following terms:

Even if an objective is of sufficient importance, and the first two elements of the proportionality test are satisfied, it is still possible that, because of the severity of the deleterious effects of a measure on individuals or groups, the measure will not be justified by the purposes it is intended to serve. The more severe the deleterious effects of a measure, the more important the objective must be if the measure is to be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. [Emphasis added.]

The objective of protecting the foetus would not justify, in my view, the severity of the breach of pregnant women's right to security which would result if the exculpatory provision was completely removed from the *Criminal Code*.

The gist of s. 251(4) is, as I have said, that the objective of protecting the foetus is not of sufficient importance to defeat the interest in protecting pregnant women from pregnancies which represent a danger to life or health. I take this parliamentary enactment in 1969 as an indication that, in a free and democratic society, it would be unreasonable to limit the pregnant woman's right to security of the person by a rule prohibiting abortions in all circumstances when her life or health would or would likely be in danger. This decision of the Canadian Parliament to the effect that the life or health of the pregnant woman takes precedence over the state interest in the foetus is also reflected in legislation in other free and democratic societies.

la difficile question des circonstances dans lesquelles il y aurait proportionnalité entre les effets de l'art. 251, qui limitent le droit des femmes enceintes à la sécurité de leur personne, et la protection du fœtus en tant qu'objectif. J'estime devoir néanmoins commenter l'équilibre que le législateur a cherché à établir entre l'intérêt qu'il y a dans la protection du fœtus et celui qu'il y a dans la vie ou la santé de la femme enceinte, en adoptant les modifications apportées au *Code criminel* en 1969.

Dans l'arrêt *Oakes*, précité, à la p. 140, le Juge en chef poursuit son explication de la troisième composante du critère de la proportionnalité dans les termes suivants:

Même si un objectif est suffisamment important et même si on a satisfait aux deux premiers éléments du critère de proportionnalité, il se peut encore qu'en raison de la gravité de ses effets préjudiciables sur des particuliers ou sur des groupes, la mesure ne soit pas justifiée par les objectifs qu'elle est destinée à servir. Plus les effets préjudiciables d'une mesure sont graves, plus l'objectif doit être important pour que la mesure soit raisonnable et que sa justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. [Je souligne.]

L'objectif consistant à protéger le fœtus ne justifierait pas, à mon avis, une atteinte au droit à la sécurité des femmes enceintes aussi grave que celle qui résulterait si la disposition disculpatoire était complètement supprimée du *Code criminel*.

Le paragraphe 251(4) porte essentiellement, comme je l'ai dit, que l'objectif de protection du fœtus n'est pas suffisamment important pour repousser l'intérêt qu'il y a à protéger les femmes enceintes contre des grossesses qui représentent un danger pour leur vie ou leur santé. Je considère que le texte adopté par le législateur en 1969 constitue une indication que, dans une société libre et démocratique, il serait déraisonnable de limiter le droit de la femme enceinte à la sécurité de sa personne par une règle interdisant les avortements dans toutes les circonstances lorsque sa vie ou sa santé serait ou serait probablement en danger. Cette décision du Parlement du Canada que la vie ou la santé de la femme enceinte a préséance sur l'intérêt qu'a l'État dans la protection du fœtus trouve aussi son pendant dans les lois d'autres sociétés libres et démocratiques.

In *Emerging Issues in Commonwealth Abortion Laws, 1982* (1983), *passim*, submitted as an exhibit at trial, Rebecca J. Cook and Bernard M. Dickens report that, on the basis of the law in force as of November 1, 1982, the United Kingdom, New Zealand and Australia Capital Territory, New South Wales, Northern Territory, Queensland, South Australia, and Victoria, among other Commonwealth jurisdictions, include risk to the pregnant woman's life, physical health and mental health as legal grounds for abortion. The Crown and the Attorney General of Canada, in their books of authorities, cited statutes from these and other jurisdictions which indicate that a danger to the life or health of the pregnant woman takes precedence over the state interest in the foetus: the United Kingdom, *Abortion Act, 1967*, 1967, c. 87, s. 1(1)(a); Australian Northern Territory, *Criminal Law Consolidation Act and Ordinance*, s. 79 A(3)(a); South Australia, *Criminal Law Consolidation Act, 1935-1975*, s. 82a(1)(a)(i); Federal Republic of Germany, *Criminal Code*, as amended by the *Fifteenth Criminal Law Amendment Act* (1976), s. 218a(1); Israel, *Penal Law, 5737-1977* (as amended), art. 316(a)(4); New Zealand, *Crimes Act 1961*, as amended by the *Crimes Amendment Act 1977* and the *Crimes Amendment Act 1978*, s. 187A(1)(a); and France, *Code pénal*, art. 317 and *Code de la santé publique*, art. 162-1 and 162-12. This substantiates the view that the legislative decision in Canada that the life or health of the woman takes precedence over the state interest in the foetus is in accordance with s. 1 of the *Charter*.

I note that the laws in some of these foreign jurisdictions, unlike s. 251 of the *Criminal Code*, require a higher standard of danger to health in the latter months of pregnancy, as opposed to the early months, for an abortion to be lawful. Would such a rule, if it was adopted in Canada, constitute a reasonable limit on the right to security of the person under s. 1 of the *Charter*? As I have said, given the actual wording of s. 251, pursuant to which the standard necessary for a lawful abortion does not vary according to the stage of pregnancy,

Dans l'ouvrage intitulé *Emerging Issues in Commonwealth Abortion Laws, 1982* (1983), *passim*, une pièce produite en première instance, Rebecca J. Cook et Bernard M. Dickens rapportent que, selon le droit en vigueur au 1<sup>er</sup> novembre 1982, le Royaume-Uni, la Nouvelle-Zélande et le Territoire de la capitale de l'Australie, la Nouvelle-Galles du Sud, le Territoire du Nord, le Queensland, l'Australie-Méridionale et Victoria, parmi d'autres ressorts du Commonwealth, incluent le risque pour la vie ou la santé physique et mentale de la femme enceinte comme motifs légaux d'avortement. Le ministère public et le procureur général du Canada, dans leurs dossiers de sources législative, jurisprudentielle et doctrinale, citent des lois de ces ressorts notamment, qui indiquent qu'un danger pour la vie ou la santé de la femme enceinte l'emporte sur l'intérêt qu'a l'État dans la protection du foetus: Royaume-Uni, *Abortion Act, 1967*, 1967, chap. 87, al. 1(1)a); Territoire du Nord de l'Australie, *Criminal Law Consolidation Act and Ordinance*, al. 79 A(3)a); Australie-Méridionale, *Criminal Law Consolidation Act, 1935-1975*, sous-al. 82a(1)a)(i); République fédérale de l'Allemagne, *Criminal Code*, modifié par la *Fifteenth Criminal Law Amendment Act* (1976), al. 218a(1); Israël, *Penal Law, 5737-1977* (modifiée), al. 316a)(4); Nouvelle-Zélande, *Crimes Act 1961*, modifiée par la *Crimes Amendment Act 1977* et la *Crimes Amendment Act 1978*, al. 187A(1)a) et France, *Code pénal*, art. 317 et *Code de la santé publique*, art. 162-1 et 162-12. Cela corrobore le point de vue selon lequel la décision du législateur canadien que la vie ou la santé de la femme a préséance sur l'intérêt qu'a l'État dans la protection du foetus est conforme à l'article premier de la *Charte*.

Je souligne que les lois de certains de ces ressorts étrangers exigent, à la différence de l'art. 251 du *Code criminel*, que la santé soit plus gravement menacée dans les derniers mois de la grossesse que dans les premiers pour que l'avortement soit légal. Si une telle règle était adoptée au Canada, constituerait-elle une limite raisonnable du droit à la sécurité de la personne au sens de l'article premier de la *Charte*? Comme je l'ai dit, vu le texte actuel de l'art. 251 selon lequel le critère requis pour qu'un avortement soit licite ne varie pas selon le

this Court is not required to consider this question under s. 1 of the *Charter*. It is possible that a future enactment by Parliament along the lines of the laws adopted in these jurisdictions could achieve a proportionality which is acceptable under s. 1. As I have stated, however, I am of the view that the objective of protecting the foetus would not justify the complete removal of the exculpatory provisions from the *Criminal Code*.

Finally, I wish to stress that we have not been asked to decide nor is it necessary, given my own conclusion that s. 251 contains rules unnecessary to the protection of the foetus, to decide whether a foetus is included in the word "everyone" in s. 7 so as to have a right to "life, liberty and security of the person" under the *Charter*.

#### VI — Other Grounds for Appeal

Counsel for the appellants raised several other grounds for appeal before this Court. The argument concerning the alleged invalidity of s. 605(1)(a) of the *Criminal Code* is the only *Charter* argument, apart from that pertaining to s. 7, which must be addressed. If the Crown had no right of appeal, the appellants would necessarily succeed on this sole ground as this Court would be required to quash the decision of the Court of Appeal. Although, as a result of my answers to the first and second constitutional questions, I am not required to respond to the other arguments to dispose of this appeal, I believe that it is appropriate to answer the non-*Charter* issues.

#### Section 91(27) of the Constitution Act, 1867

I agree with McIntyre J. and the Court of Appeal that there is no merit in the argument that s. 251 is *ultra vires* of Parliament. In *Morgentaler (1975)*, *supra*, this Court unanimously held that s. 251 is not colourable provincial legislation in relation to health but that it constitutes a proper exercise of Parliament's criminal law power pursuant to s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. I agree. Indeed, as I have decided, s. 251 cannot be said to be simply a mechanism designed to protect

stade de la grossesse, cette Cour n'est pas obligée d'examiner cette question aux termes de l'article premier de la *Charte*. Il est possible que le législateur puisse adopter à l'avenir une modification dans la veine des lois adoptées par ces ressorts qui créerait une proportionnalité acceptable aux termes de l'article premier. Toutefois, comme je l'ai dit, je suis d'avis que l'objectif de la protection du fœtus ne justifierait pas l'exclusion totale des dispositions disculpatoires du *Code criminel*.

Enfin, je tiens à souligner qu'on ne nous a pas demandé, pas plus qu'il n'est nécessaire de le faire, étant donné ma propre conclusion que l'art. 251 comporte des règles qui ne sont pas nécessaires pour la protection du fœtus, de décider si ce dernier est inclus dans le terme «chacun» de l'art. 7, de manière à être titulaire du droit «à la vie, à la liberté et la sécurité de sa personne» au sens de la *Charte*.

#### VI — Les autres moyens d'appel

L'avocat des appelants a soulevé plusieurs autres moyens d'appel devant nous. Le seul autre argument relatif à la *Charte*, à part celui concernant l'art. 7, que l'on doit examiner est celui qui a trait à l'invalidité de l'al. 605(1)a) du *Code criminel*. Si le ministère public n'avait aucun droit d'appel, les appelants auraient nécessairement gain de cause pour ce seul motif et nous serions tenus de casser la décision de la Cour d'appel. Quoique je ne sois pas obligé de répondre aux autres arguments pour trancher ce pourvoi vu mes réponses à la première et à la deuxième questions constitutionnelles, je crois qu'il est justifié de résoudre les questions qui ne mettent pas la *Charte* en cause.

#### Le paragraphe 91(27) de la Loi constitutionnelle de 1867

Comme le juge McIntyre et la Cour d'appel, je suis d'avis que l'allégation que l'art. 251 excède les pouvoirs du Parlement n'est pas fondée. Dans l'arrêt *Morgentaler (1975)*, précité, cette Cour a décidé à l'unanimité que l'art. 251 n'était pas un texte législatif provincial déguisé relatif à la santé, mais qu'il constituait un exercice valide du pouvoir du Parlement en matière de droit criminel conformément au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je suis d'accord. De fait, comme je

the life or health of the pregnant woman. While this ancillary objective explains, in part, certain of the requirements of the exculpatory provision in s. 251(4), it does not represent the principal objective of s. 251 as a whole, which is to protect the state interest in the foetus. Parliament established the indictable offence of procuring a miscarriage, defined in s. 251(1) and s. 251(2), pursuant to this primary objective. I consider this a valid exercise of the criminal law power.

#### Section 96 of the Constitution Act, 1867

I agree with McIntyre J. that s. 251 does not give judicial powers to therapeutic abortion committees which were exercised by county, district and superior courts at the time of Confederation. As I have observed, in s. 251(4) Parliament has only given the committee the authority to make a medical determination regarding the pregnant woman's life or health. The panel of doctors exercises medical judgment on a medical question and performs no s. 96 judicial function. There is no merit in this argument.

#### Unlawful Delegation and Abdication of the Criminal Law Power

For the reasons given by McIntyre J., I agree that s. 251 does not constitute an unlawful delegation of federal legislative power nor does it represent an abdication of the criminal law power by Parliament.

#### Section 605(1)(a) of the Criminal Code

For the reasons given by McIntyre J., I agree that there is no merit in this argument.

#### Section 610(3) of the Criminal Code

Counsel for the appellants argued that s. 610(3) of the *Criminal Code*, which prohibits the awarding of costs in appeals involving indictable offences, violates ss. 7, 11(d), (f), (h) and 15 of the *Charter*. He also argued that this Court had the power to award costs on appeals under s. 24(1) of the *Charter*. It is unnecessary to decide whether or

l'ai décidé, on ne peut pas considérer l'art. 251 comme étant simplement un mécanisme visant la protection de la vie ou de la santé d'une femme enceinte. Quoique l'objectif secondaire explique en partie certaines des exigences de la disposition disculpatoire du par. 251(4), ce n'est pas l'objectif principal de l'art. 251 pris dans son ensemble, qui vise à protéger l'intérêt qu'a l'État dans le fœtus. Le Parlement a créé l'infraction criminelle de procurer un avortement comme le définissent les par. 251(1) et (2), conformément à cet objectif premier. Je considère qu'il s'agit d'un exercice valide du pouvoir en matière de droit criminel.

#### L'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867

Comme le juge McIntyre, je suis d'avis que l'art. 251 ne donne pas aux comités de l'avortement thérapeutique les pouvoirs judiciaires que les cours de comté, de district et supérieures exerçaient au moment de la Confédération. Comme je l'ai souligné, à l'art. 251(4), le Parlement a seulement donné au comité le pouvoir de prendre une décision médicale relativement à la vie ou à la santé de la femme enceinte. Les médecins portent un jugement médical sur une question médicale et n'exercent aucune fonction judiciaire au sens de l'art. 96. Cet argument est mal fondé.

#### Délégation illégale du pouvoir en matière de droit criminel ou renonciation à ce pouvoir

Pour les motifs donnés par le juge McIntyre, je suis d'avis que l'art. 251 ne constitue pas une délégation illégale d'un pouvoir législatif fédéral et ne représente pas non plus une renonciation du Parlement au pouvoir en matière de droit criminel.

#### L'alinéa 605(1)a) du Code criminel

Pour les motifs exposés par le juge McIntyre, je suis d'avis que cet argument est mal fondé.

#### Le paragraphe 610(3) du Code criminel

L'avocat des appelants a soutenu que le par. 610(3) du *Code criminel*, qui interdit d'accorder des frais lors d'un appel relatif à un acte criminel, va à l'encontre de l'art. 7, des al. 11d), f), h) et de l'art. 15 de la *Charte*. Il a aussi allégué que cette Cour dispose du pouvoir d'accorder, lors d'un pourvoi, des frais en vertu du par. 24(1) de la

not s. 610(3) of the *Criminal Code* violates a *Charter* right. I agree with the Court of Appeal that, whatever this Court's power to award costs in appeals such as this one, costs should not be awarded in this case.

\* \* \*

With regard to defence counsel's address to the jury at trial, I associate myself completely with the comments made by the Chief Justice. In his address, Mr. Manning wrongly chose not to respect the very distinct roles the trial judge and the jury play in our system of criminal justice. In *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802, at p. 836, McIntyre J., in a different context, stated:

No authority need be cited for the proposition that in a jury trial all questions of law are for the judge alone and, of equal importance, all questions of fact are for the jury alone. The distinction is of fundamental importance. It should be preserved so long as it is considered right to continue the use of the jury in criminal law.

The defence submission was, as the Court of Appeal stated, "a direct attack on the role and authority of the trial judge and a serious misstatement to the jury as to its duty and right in carrying out its oath" (*supra*, at p. 434). I am of the view that these strongly-stated observations are required for the benefit of counsel who in other proceedings may be tempted to follow this unacceptable practice.

### Conclusion

The constitutional questions should be answered as follows:

#### 1. Question:

Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(a), 7, 12, 15, 27 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

*Charte*. Il n'est pas nécessaire de déterminer si le par. 610(3) du *Code criminel* viole un droit conféré par la *Charte*. J'estime, tout comme la Cour d'appel, que quel que soit le pouvoir de cette Cour d'accorder des dépens dans des pourvois comme celui-ci, aucuns dépens ne devraient être accordés en l'espèce.

\* \* \*

b

Pour ce qui est de la plaidoirie que l'avocat de la défense a adressée au jury en première instance, je partage totalement l'avis du Juge en chef. Dans sa plaidoirie, M<sup>e</sup> Manning a choisi à tort de ne pas respecter les rôles très distincts que jouent le juge du procès et le jury dans notre système de justice criminelle. Dans l'arrêt *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802, à la p. 836, le juge McIntyre a dit, dans un autre contexte:

Aucun précédent n'a à être cité pour justifier la proposition selon laquelle, dans un procès par jury, toutes les questions de droit relèvent exclusivement du juge et que, ce qui est tout aussi important, toutes les questions de fait relèvent exclusivement du jury. Cette distinction est d'une importance fondamentale. Elle doit être maintenue tant qu'on jugera bon de continuer d'avoir recours au jury en droit criminel.

La plaidoirie de la défense était, comme l'a dit la Cour d'appel, [TRADUCTION] «une attaque directe du rôle et du pouvoir du juge du procès et une déclaration sérieusement erronée quant aux obligations et aux droits du juré dans l'exécution de son engagement sous serment» (précité, à la p. 434). J'estime que ces observations fermes sont nécessaires pour la gouverne des avocats qui, dans d'autres affaires, peuvent être tentés de suivre cette pratique inacceptable.

### Conclusion

Les questions constitutionnelles doivent recevoir les réponses suivantes:

#### 1. Question:

L'article 251 du *Code criminel* du Canada porte-t-il atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'al. 2a) et les art. 7, 12, 15, 27 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Answer:

The first constitutional question is answered in the affirmative in respect of the right of a pregnant woman to "security of the person" in s. 7 of the *Charter*.

2. Question:

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

Answer:

In respect of the violation of the right of a pregnant woman to "security of the person" in s. 7 caused by s. 251 of the *Criminal Code*, s. 251 is not justified by s. 1 of the *Charter*.

3. Question:

Is section 251 of the *Criminal Code* of Canada *ultra vires* the Parliament of Canada?

Answer:

No, in the sense that s. 251 is within the proper jurisdiction of Parliament on the basis of s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*.

4. Question:

Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada violate s. 96 of the *Constitution Act, 1867*?

Answer:

No.

5. Question:

Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada unlawfully delegate federal criminal power to provincial Ministers of Health or Therapeutic Abortion Committees, and in doing so, has the Federal Government abdicated its authority in this area?

Answer:

No.

Réponse:

La première question constitutionnelle doit recevoir une réponse affirmative en ce qui concerne le droit d'une femme enceinte à la «sécurité de sa personne» prévu par l'art. 7 de la *Charte*.

2. Question:

Si l'article 251 du *Code criminel* du Canada porte atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'al. 2a) et les art. 7, 12, 15, 27 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse:

En ce qui concerne la violation du droit d'une femme enceinte à la «sécurité de sa personne» prévu à l'art. 7 que cause l'art. 251 du *Code criminel*, l'art. 251 n'est pas justifié par l'article premier de la *Charte*.

3. Question:

L'article 251 du *Code criminel* du Canada excède-t-il les pouvoirs du Parlement du Canada?

Réponse:

Non, en ce que l'art. 251 est un exercice valide du pouvoir du Parlement en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

4. Question:

L'article 251 du *Code criminel* du Canada viole-t-il l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse:

Non.

5. Question:

L'article 251 du *Code criminel* du Canada délègue-t-il illégalement la compétence fédérale en matière criminelle aux ministres de la Santé provinciaux ou aux comités de l'avortement thérapeutique et, ce faisant, le gouvernement fédéral a-t-il abdiqué son autorité dans ce domaine?

Réponse:

Non.

6. Question:

Do sections 605 and 610(3) of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 11(d), 11(f), 11(h) and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer:

With respect to s. 605, the answer is no. Whether or not s. 610(3) of the *Criminal Code* violates a *Charter* right, I agree with the Court of Appeal that, whatever this Court's power to award costs in appeals such as this one, costs should not be awarded in this case.

7. Question:

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

Answer:

Given the answer to question 6, this question does not call for an answer.

On the basis of my answers to the first two constitutional questions, I would allow the appeal.

The reasons of McIntyre and La Forest JJ. were delivered by

MCINTYRE J. (dissenting)—I have read the reasons for judgment prepared by my colleagues, the Chief Justice and Justices Beetz and Wilson. I agree that the principal issue which arises is whether s. 251 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, contravenes s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I will make some comments later on other issues put forward by the appellants. The Chief Justice has set out the constitutional questions and the relevant statutory provisions, as well as the facts and procedural history. He has considered the scope of s. 7 of the *Charter* and, having found that it has been offended, he would allow the appeal. I am unable to

6. Question:

L'article 605 et le par. 610(3) du *Code criminel* du Canada portent-ils atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'art. 7, les al. 11d), 11f), 11h) et le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse:

En ce qui concerne l'art. 605, la réponse est non. Indépendamment de savoir si le par. 610(3) du *Code criminel* viole un droit conféré par la *Charte*, j'estime, tout comme la Cour d'appel, que quel que soit le pouvoir de cette Cour d'accorder des dépens dans des pourvois comme celui-ci, aucuns dépens ne devrait être accordé en l'espèce.

7. Question:

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

Réponse:

Vu la réponse à la question 6, aucune réponse n'a à être donnée à cette question-ci.

Compte tenu de mes réponses aux deux premières questions constitutionnelles, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

Version française des motifs des juges McIntyre et La Forest rendus par

LE JUGE MCINTYRE (dissident)—J'ai lu les motifs de jugement rédigés par mes collègues le Juge en chef et les juges Beetz et Wilson. Je suis d'accord pour dire que la question principale qui se pose est de savoir si l'art. 251 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, viole l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pour ce qui est de certaines autres questions soulevées par les appelants, j'y viendrai plus loin. Le Juge en chef a énoncé les questions constitutionnelles ainsi que les dispositions législatives pertinentes et il a présenté un exposé des faits et des procédures. Il a examiné la portée de l'art. 7 de la *Charte* et, après avoir conclu qu'il avait été enfreint, il s'est dit d'avis