

R. c. Morgentaler

**Dr. Henry Morgentaler**, Dr. Leslie Frank Smoling et Dr. Robert Scott,  
Appelants

v.

**Sa Majesté La Reine**,  
Intimée

et

Le Procureur général du Canada, Intervenant

Cour Suprême du Canada

Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson et La  
Forest.

Judgment: 7 octobre 1986

Judgment: 8 octobre 1986

Judgment: 9 octobre 1986

Judgment: 10 octobre 1986

Judgment: 28 janvier 1988

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

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

des art. 7 et 11 de la Charte sont mal fondes. Vu la solution que j'apporte a la question soulevee par l'art. 7, il ne me sera pas necessaire de statuer sur les autres arguments des appelants relatifs a la Charte et je m'abstiens donc expressement de me prononcer sur leur fondement.

2 Au cours des plaidoiries devant nous, le substitut du procureur general rappelle a plusieurs reprises que le pouvoir judiciaire au Canada n'a pas comme role d'evaluer la sagesse des lois edictees par nos deutes elus democratiquement, ni de reinterpreter les choix difficiles de politique auxquels tous les gouvernements sont confrontes. Dans l'arret *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616 , a la p. 671, [ci-apres l'arret << *Morgentaler (1975)* >>] j'ai souligne que la Cour "n'est pas appelee a trancher, ni meme a aborder, le debat public anime et constant sur l'avortement". Onze ans plus tard, la controverse fait toujours rage et il est tout aussi vrai que la Cour ne saurait pretendre concilier toutes les allegations contradictoires avancees dans le vigoureux et sain debat public ainsi suscite. Tant les tribunaux que les legislatureurs, dans d'autres societes democratiques, sont arrives a des decisions entierement contradictoires lorsqu'il leur a ete demande de soupeser les valeurs que la question de l'avortement oppose. Voir, p. ex., l'arret *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); l'arret *Paton c. Royaume-Uni* (1980), 3 E.H.R.R. (Cour europeenne des droits de l'homme); *The Abortion Decision of the Federal Constitutional Court - First Senate - of the Federal Republic of Germany* , 25 fevrier 1975, traduit en anglais et reedite dans (1976), 9 *John Marshall J. Prac. and Proc.* 605; et l'*Abortion Act, 1967* , 1967, chap. 87 (R.-U.)

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

Les valeurs que nous devons accepter aux fins du pourvoi sont celles qu'a proclamees le Parlement, qui s'en tient a l'opinion que le desir d'une femme d'etre soulagee de sa grossesse ne justifie pas en soi l'avortement.

Quoiqu'on puisse toujours sans aucun doute affirmer que les tribunaux ne sont pas le lieu ou doivent s'elaborer les politiques generales complexes et controversees, les tribunaux canadiens se voient neanmoins confier aujourd'hui l'obligation cruciale de veiller a ce que les initiatives legislatives de notre Parlement et de nos legislatures se conforment aux valeurs democratiques qu'exprime la Charte canadienne des droits et libertes . Comme le dit le juge McIntyre dans ses motifs, a la p. 138 "notre tache en l'espece consiste non pas a resoudre ni a tenter de resoudre ce qu'on pourrait appeler la question de l'avortement, mais simplement a examiner le contenu de l'art. 251 en fonction de la Charte ." C'est en ce dernier sens que le present pourvoi differe de celui dont nous etions saisis voici une decennie.

I

4 La Cour a formule les questions constitutionnelles suivantes:

1. L'article 251 du Code criminel du Canada porte-t-il atteinte aux droits et aux libertes garantis par l'al. 2a ) et les art. 7, 12, 15, 27 et 28 de la Charte canadienne des droits et libertes ?
2. Si l'article 251 du Code criminel du Canada porte atteinte aux droits et aux libertes garantis par l'al. 2a ) et les art. 7, 12, 15, 27, et 28 de la Charte canadienne des droits et libertes , est-il justifie par l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertes et donc compatible avec la Loi constitutionnelle de 1982 ?
3. L'article 251 du Code criminel du Canada excede-t-il les pouvoirs du Parlement du Canada?
4. L'article 251 du Code criminel du Canada viole-t-il l'art. 96 de la Loi constitutionnelle de 1867 ?
5. L'article 251 du Code criminel du Canada delegue-t-il illegalement la competence federale en matiere criminelle aux ministres de la Sante provinciaux ou aux comites de l'avortement therapeutique et, ce faisant, le gouvernement federal a-t-il abdique son autorite dans ce domaine?
6. L'article 605 et le par. 610(3) du Code criminel du Canada portent-ils atteinte aux droits et aux libertes garantis par l'art. 7, les al. 11d ), 11f ), 11h ) et le par. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertes ?
7. Si l'article 605 et le par. 610(3) du Code criminel du Canada portent atteinte aux droits et aux libertes garantis par l'art. 7, les al. 11d ), 11f ), 11h ) et le par. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertes , sont-ils justifies par l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertes et donc compatibles avec la Loi constitutionnelle de 1982 ?

Le procureur general du Canada est intervenu en faveur du ministere public intime.

## II Les dispositions legislatives et constitutionnelles pertinentes

5

### Code criminel

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

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

(3) Au present article, l'expression << moyen >> comprend

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

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

- a) a un medecin qualifie, autre qu'un membre d'un comite de l'avortement therapeutique de quelque hopital, qui emploie de bonne foi, dans un hopital accredite ou approuve, quelque moyen pour realiser son intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe feminin, ou
- b) a une personne du sexe feminin qui, etant enceinte, permet a un medecin qualifie d'employer, dans un hopital accredite ou approuve, quelque moyen mentionne a l'alea a ) aux fins de realiser son intention d'obtenir son propre avortement,

si, avant que ces moyens ne soient employes, le comite de l'avortement therapeutique de cet hopital accredite ou approuve, par decision de la majorite des membres du comite et lors d'une reunion du comite au cours de laquelle le cas de cette personne du sexe feminin a ete examine,

- c) a declare par certificat qu'a son avis la continuation de la grossesse de cette personne du sexe feminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la sante de cette derniere, et
- d) a fait remettre une copie de ce certificat au medecin qualifie.

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

- a) requerir un comite de l'avortement therapeutique de quelque hopital, dans cette province, ou un membre de ce comite, de lui fournir une copie d'un certificat mentionne a l'alea (4)c ) emis par ce comite, ainsi que les autres renseignements qu'il peut exiger au sujet des circonstances entourant l'emission de ce certificat, ou
- b) requerir un medecin qui, dans cette province, a procure l'avortement d'une personne de sexe feminin nommee dans un certificat mentionne a l'alea (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 present paragraphe,

<< comite de l'avortement therapeutique" d'un hopital designe un comite forme d'au moins trois membres qui sont tous des medecins qualifies, nomme par le

conseil de cet hopital pour examiner et decider les questions relatives aux arrets de grossesse dans cet hopital;

<< conseil >> designe 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 controle et la direction d'un hopital accredite ou approuve;

<< hopital accredite >> designe un hopital accredite par le Conseil canadien d'accreditation des hopitaux, dans lequel sont fournis des services de diagnostic et des traitements medicaux, chirurgicaux et obstetricaux;

<< hopital approuve >> designe un hopital approuve aux fins du present article par le ministre de la Sante de la province ou il se trouve;

<< medecin qualifie >> designe une personne qui a le droit d'exercer la medecine en vertu des lois de la province dans laquelle est situe l'hopital mentionne au paragraphe (4);

<< ministre de la Sante >> designe

a) dans la province d'Ontario, de Quebec, du Nouveau-Brunswick, du Manitoba, de Terre-Neuve et de l'Ile-du-Prince-Edouard, le ministre de la Sante;

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

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

c) dans les provinces de Nouvelle-Ecosse et de Saskatchewan, le ministre de la Sante publique, et,

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

(7) Rien au paragraphe (4) ne doit s'interpreter de maniere a faire disparaitre la necessite d'obtenir une autorisation ou un consentement qui est ou peut etre requis, autrement qu'en vertu de la presente loi, avant l'emploi de moyens destines a realiser une intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe feminin.

La Charte canadienne des droits et libertes

1 . La Charte canadienne des droits et libertes garantit les droits et libertes qui y sont enonces. Ils ne peuvent etre restreints que par une regle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se demontrer dans le cadre d'une societe libre et democratique.

.....

7 . Chacun a droit a la vie, a la liberte et a la securite de sa personne; il ne peut etre porte atteinte a ce droit qu'en conformite avec les principes de justice fondamentale.

### III La procedure

6 Les trois appelants sont des medecins dument qualifies; ensemble, ils ont ouvert une clinique, a Toronto, pour pratiquer des avortements sur des femmes qui n'avaient pas obtenu le certificat du comite de l'avortement therapeutique d'un hopital accredite ou approuve requis par le par. 251(4). Les medecins ont fait des declarations publiques dans lesquelles ils ont mis en doute la sagesse de la legislation canadienne sur l'avortement et ont affirme qu'une femme a le droit souverain de decider si un avortement s'impose ou non dans sa situation personnelle.

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

8 L'avocat des appelants a demande l'annulation de l'acte d'accusation ou la suspension des poursuites avant meme d'inscrire les plaidoyers, pour le motif que l'art. 251 du Code criminel excederait les pouvoirs du Parlement du Canada, enfreindrait l'al. 2a ) et les art. 7 et 12 de la Charte et entrerait en conflit avec l'al. 1b ) de la Declaration canadienne des droits . Le juge de premiere instance, le juge Parker, juge en chef adjoint de la Haute Cour, a rejete la requete et l'appel interjete a la Cour d'appel de l'Ontario a aussi ete rejete. Le proces s'est poursuivi devant le juge Parker et un jury et les trois accuses ont ete acquittes. Le ministere public a interjete appel de l'acquittement a la Cour d'appel et les appelants ont forme un appel incident. La Cour d'appel a accueilli l'appel, annule le verdict d'acquittement et ordonne un nouveau proces. La Cour a juge que l'appel incident se rapportait a des points deja soulevés par l'appel principal, qui ont donc ete etudies dans le cadre de ce dernier.

### IV L'article 7 de la Charte

9 Selon la these de l'avocat des appelants, la Cour devrait accorder une portee tres large aux droits garantis par l'art. 7 de la Charte . Se fondant largement sur la doctrine et la jurisprudence constitutionnelles americaines, Me Manning a fait valoir que le droit de chacun a << la vie, a la liberte et a la securite de sa personne >> est un droit tres large d'assumer sa destinee et de promouvoir son autonomie individuelle. Ce droit inclurait donc le droit a la vie privee et celui de decider souverainement de tout ce qui touche a sa vie personnelle.

10 A mon avis, il n'est ni necessaire ni sage, dans le cadre de ce pourvoi,

d'explorer les repercussions les plus larges que pourrait avoir l'art. 7, comme l'avocat le voudrait. Je prefere fonder mes conclusions sur une analyse plus etroite que celle avancee au nom des appelants. Je ne pense pas qu'il soit opportun de tenter d'arriver a une explication exhaustive d'une disposition aussi importante que l'art. 7 si tot dans l'histoire de l'interpretation de la Charte . La Cour devra etre saisie d'un large eventail d'especes avant de pouvoir brosser un tableau complet des droits vises par l'art. 7. Je limiterai donc mes commentaires a certains principes interpretatifs deja enonces par la Cour et a une analyse de seulement deux aspects de l'art. 7, le droit de chacun a << la securite de sa personne >> et << les principes de justice fondamentale >>.

#### A. L'interpretation de l'art. 7

11 L'interpretation de la Charte doit viser a faire en sorte que tous << beneficent pleinement de la protection accordee par la Charte >>: R. c. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295 , a la p. 344. Pour atteindre ce but, il faut recourir, selon la jurisprudence constante de la Cour, a la technique d'interpretation des dispositions de la Charte qui consiste a proceder a une analyse de << l'objet vise >> par le droit garanti. Les droits reconnus par la Charte doivent "en d'autres termes ... s'interpreter en fonction des interets qu'ils visent a proteger": l'arret R. c. Big M Drug Mart Ltd. , a la p. 344. (Voir aussi les arrets Hunter c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145 et R. c. Therens, [1985] 1 R.C.S. 613 .)

12 Dans l'arret Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1985] 1 R.C.S. 177 , a la p. 204, le juge Wilson souligne que le droit confere par l'art. 7 comporte trois elements distincts, que << la vie, la liberte et la securite de sa personne >> sont trois interets independants auxquels la Cour doit respectivement donner un sens independant (a la p. 205). La Cour, a la majorite, a adopte cette interpretation, voir le juge Lamer, dans le Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B., [1985] 2 R.C.S. 486 , a la p. 500. Il est donc possible de ne traiter qu'un seul aspect du premier volet de l'art. 7 avant de rechercher si une violation de cet interet concorde avec les principes de justice fondamentale. (Voir les arrets Singh, Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B . et R. c. Jones, [1986] 2 R.C.S. 284 .)

13 Quant a la seconde clause de l'art. 7, dans les premieres analyses de doctrine, on s'est principalement interesse a la question de savoir si la reference aux << principes de justice fondamentale >> permet aux tribunaux d'examiner le fond de la legislation. (Voir, par ex., Whyte, << Fundamental Justice: The Scope and Application of Section 7 of the Charter >> (1983), 13 Man. L.J. 455, et Garant, << Libertes fondamentales et justice naturelle >> dans W.S. Tarnopolsky et G.-A. Beaudoin, Charte canadienne des droits et libertes (1982).) Dans le Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B. , le juge Lamer constate, a la p. 497, qu'il serait imprudent de tenter de confiner dans des limites precises la procedure, d'une part, et le fond, de l'autre. Il laisse aussi entendre qu'il n'y aurait pas avantage au Canada a laisser ce debat, dont la source reside dans les dilemmes constitutionnels des Etats-Unis, faconner notre interpretation de l'art. 7 (a la p. 498):

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

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

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

## B. La sécurité de la personne

15 Il est depuis longtemps admis en droit que le corps humain doit être protégé des ingérences de tiers. En common law, par exemple, une intervention médicale effectuée sans le consentement du patient constitue des voies de fait. C'est seulement en cas d'urgence que le droit autorise des tiers à prendre des décisions de cette nature. De même, l'art. 19 du Code civil du Bas-Canada déclare que « la personne humaine est inviolable » et que « Nul ne peut porter atteinte à la personne d'autrui sans son consentement ou sans y être autorisé par la loi ». La « sécurité de la personne », en d'autres termes, n'est pas une valeur étrangère à notre régime juridique. Avec l'avènement de la Charte, la sécurité de la personne a été promue au rang de norme constitutionnelle. Cela ne veut pas dire que les différentes formes de protection accordées au corps humain par le droit civil et la common law occupent le même rang. Le contenu donné à « la sécurité de la personne » doit être sensible à sa situation constitutionnelle. Les exemples fournis ci-dessus ne sont que des illustrations de notre respect pour l'intégrité physique de chacun. (Voir R. Macdonald, « Procedural Due Process in Canadian Constitutional Law », 39 U. Fla. L. Rev. 217 (1987), à la p. 248.) Cela ne revient pas non plus à dire que l'État ne peut jamais porter atteinte aux intérêts en matière de sécurité personnelle. Il peut fort bien exister des motifs valides d'ingérence à l'égard de la sécurité de la personne. Cela veut cependant dire que si l'État touche effectivement à la sécurité de la personne, la Charte impose que cette ingérence soit conforme aux principes de justice fondamentale.

16 Les appelants font valoir que la « sécurité de la personne » protégée par la Charte est un droit qui permet explicitement d'être maître de son propre

corps et de prendre des décisions fondamentales au sujet de sa propre vie. Le ministère public soutient que « la sécurité de la personne » est en fait un intérêt plus circonscrit et que, comme tous les autres éléments de l'art. 7, elle est liée, au mieux, à la notion de contrôle physique, protégeant simplement l'intérêt de chacun à assurer son intégrité corporelle.

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

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

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

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

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

20 Il est bien possible que la protection constitutionnelle des interets susmentionnes soit specifique au recours a notre systeme de justice criminelle et seulement declenchee par ce dernier. On ne doit toutefois pas oublier que l'art. 251 du Code , sous reserve du par. (4), erige en infraction criminelle le fait pour une personne de procurer un avortement et prevoit une peine maximale de deux ans d'emprisonnement pour la femme elle-meme et d'emprisonnement a perpetuite dans le cas d'une autre personne. Comme le juge Beetz, je juge inutile de decider si l'art. 7 devrait s'appliquer dans d'autres cas.

21 La jurisprudence m'amene a conclure que l'atteinte que l'Etat porte a l'integrite corporelle et la tension psychologique grave causee par l'Etat, du moins dans le contexte du droit criminel, constituent une atteinte a la securite de la personne. Il n'est pas necessaire en l'espece de se demander si le droit va plus loin et protege les interets primordiaux de l'autonomie personnelle, tel le droit a la vie privee ou des interets sans lien avec la justice criminelle.

22 Je reitere que la constatation qu'il y a atteinte a la securite de la personne ne met pas fin a la recherche exigee par l'art. 7. Le Parlement peut choisir de porter atteinte a la securite de la personne, pourvu qu'il le fasse en conformite avec les principes de justice fondamentale. Il faut donc considerer la presente analyse comme la premiere etape de recherche dont les conclusions ne regleront pas definitivement tous les points interessant l'art. 7. Cela dit, je n'eprouve aucune difficulte a conclure que la somme encyclopedique produite par les avocats en l'espece etablit hors de tout doute que l'art. 251 du Code criminel constitue prima facie une atteinte a la securite de la personne de milliers de Canadiennes qui ont eu a prendre la difficile decision de ne pas mener une grossesse a terme.

23 Au niveau physique et emotionnel le plus fondamental, chaque femme enceinte se fait dire par cet article qu'elle ne peut subir une intervention medicale, generalement sans danger, qui pourrait manifestement etre a son avantage, a moins qu'elle ne satisfasse a des criteres totalement sans rapport avec ses propres priorites et aspirations. Non seulement en privants les femmes du pouvoir de decision, on les menace physiquement; en outre, l'incertitude qui plane sur le point de savoir si l'avortement sera accorde inflige une tension emotionnelle. L'article 251 porte clairement atteinte a l'integrite corporelle, tant physique qu'emotionnelle d'une femme. Forcer une femme, sous la menace d'une sanction criminelle, a mener un foetus a terme a moins qu'elle ne satisfasse a des criteres sans rapport avec ses propres priorites et aspirations est une ingerence grave a l'egard de son corps et donc une violation de la securite de sa personne. La Charte exige donc que l'art. 251 soit conforme aux principes de justice fondamentale.

24 Quoique cette atteinte a l'integrite physique et emotionnelle suffise en soi pour declencher un examen de l'art. 251 en fonction des principes de justice fondamentale, le fonctionnement du mecanisme decisionnel etabli par l'art. 251 cree d'autres violations flagrantes de la securite de la personne. La preuve indique que l'art. 251 est cause d'un certain retard pour les femmes qui satisfont a ses criteres. Dans le contexte de l'avortement, tout retard inutile peut avoir

de profondes repercussions sur le bien-etre physique et emotionnel d'une femme.

25 Pour etre plus precis, en 1977, le Rapport du Comite sur l'application des dispositions legislatives sur l'avortement (le rapport Badgley) a revele que le delai moyen entre la premiere consultation d'un medecin par une femme enceinte et l'avortement therapeutique subsequent est de huit semaines (a la p. 146). Bien qu'il semble que la situation se soit amelioree depuis 1977, l'ampleur de cette amelioration n'est pas claire. L'intervenant, le procureur general du Canada, fait valoir que le delai moyen en Ontario entre une premiere visite chez le medecin et l'avortement therapeutique est maintenant d'une a trois semaines. Pourtant, le ministere public intime admet, dans un memoire supplementaire produit le 27 novembre 1986, avec l'autorisation de la Cour, que (a la p. 3):

[TRADUCTION] ...la preuve revele que certaines femmes peuvent eprouver de grandes difficultes a obtenir un avortement: les services d'avortement sont forcement limites, puisque les hopitaux ont des contraintes de budget, de temps, d'espace et de personnel, outre leurs nombreuses responsabilites medicales. Il s'ensuit qu'une femme peut devoir s'adresser a plusieurs hopitaux.

Si une femme est forcee de s'adresser a plusieurs comites de l'avortement therapeutique differents, il ne peut y avoir de doute qu'elle a a faire face a un delai considerable pour obtenir un avortement therapeutique. Dans son Report on Therapeutic Abortion Services in Ontario (le rapport Powell), le Dr Marion Powell souligne (a la p. 7):

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

Revelant l'ampleur du probleme, le Dr Augustin Roy, president de la Corporation professionnelle des medecins du Quebec, a dit dans son temoignage que les etudes qu'il avait faites montraient qu'au Quebec l'attente pour un avortement therapeutique dans un hopital variait d'une a six semaines.

26 Ces delais peuvent ne pas sembler tres longs, mais, dans le cas d'un avortement, tout retard, d'apres la preuve, peut avoir des consequences devastatrices. Le premier facteur dont il faut tenir compte est que differentes techniques medicales sont utilisees pour pratiquer les avortements a differents stades de la grossesse. Le temoignage des medecins au proces, a titre d'experts, a montre que, dans les douze premieres semaines de la grossesse, la methode d'avortement relativement sure et simple de la dilatation et de l'aspiration, suivies d'un curetage, est normalement utilisee en Amerique du Nord. De la treizieme a la seizieme semaines, la methode, plus dangereuse, de la dilatation cervicale et de l'evacuation uterine est pratiquée, moins souvent au Canada qu'aux Etats-Unis. A partir de la seizieme semaine de grossesse, la methode medicamenteuse est habituellement utilisee au Canada. Elle requiert l'introduction dans le liquide amniotique de prostaglandine, d'uree ou d'une solution saline qui provoque les contractions; la femme accouche d'un foetus, habituellement mort-ne,

encore que ce ne soit pas toujours le cas. La preuve non contredite demontre que d'une methode a l'autre, les risques courus par la femme s'accroissent. (Voir, par ex., Tyler, et al., << Second Trimester Induced Abortion in the United States >>, in Garry S. Berger, William Brenner and Louis Keith, eds., *Second-Trimester Abortion: Perspectives After a Decade of Experience* .)

27 La seconde consideration est que, meme au cours des periodes ou chaque methode d'avortement peut etre employee, la preuve indique que plus l'avortement a lieu tot, moins il y a de complications et inferieur est le risque de deces. Par exemple, une etude du Centre for Disease Control d'Atlanta a confirme que [TRADUCTION] << la methode D & E [dilatation cervicale et evacuation uterine] utilisee de la treizieme a la quinzieme semaines de grossesse est presque trois fois plus sure qu'apres seize semaines ou plus >>. (Cates et Grimes, << Deaths from Second Trimester Abortion by Dilation and Evacuation: Causes, Prevention, Facilities >> (1981), 58 *Obstetrics and Gynecology* 401, a la p. 401. Voir aussi le rapport Powell, a la p. 36.) Il a ete porte a la connaissance de la Cour qu'a cause des risques possibles les medecins canadiens refusent souvent d'employer la methode de la dilatation cervicale et de l'evacuation uterine entre la treizieme et la seizieme semaines, preferant attendre le moment ou ils jugeront pouvoir avoir recours a la methode medicamenteuse. Les statistiques globales de mortalite evaluees par les Dr Cates et Grimes sont encore plus revelatrices. Ils concluent, apres une etude des donnees pertinentes:

[TRADUCTION] Tout retard a pratiquer l'avortement augmente le taux de complication de 15 a 30 % et les probabilites de deces de 50 % par semaine de retard.

Ces statistiques indiquent clairement que meme si le retard moyen cause par l'art. 251 n'est, par hypothese, que de quelque deux semaines, les effets pour une femme donnee peuvent etre graves et parfois mortels.

28 Il est certainement vrai que les taux globaux de complication et de mortalite pour les femmes qui subissent un avortement sont tres faibles, mais l'augmentation des risques causes par tout retard est si clairement etablie que je n'ai aucune difficulte a conclure que tout retard a obtenir un avortement therapeutique, en raison de la procedure imposee par l'art. 251, est une atteinte a l'aspect purement physique du droit de chacun a la securite de sa personne. Je dois souligner que le contraste marque entre la relative rapidite avec laquelle des avortements peuvent etre obtenus dans les Centres locaux de sante communautaire du Quebec, subventionnes par le gouvernement, et dans les hopitaux en vertu de la procedure de l'art. 251 a ete etabli au proces. D'apres la preuve, dans les CLSC du Quebec, l'attente maximum est inferieure a une semaine. On doit conclure, et peutetre souligner, que l'attente que doivent subir de nombreuses femmes voulant un avortement therapeutique, qu'il s'agisse d'une, de deux, de quatre ou de six semaines, est due dans une large mesure aux exigences de l'art. 251 lui-meme.

29 L'ingerence physique exposee ci-dessus, imputable aux delais decoulant de l'art. 251 et impliquant un risque clair de prejudice pour le bien-etre physique d'une femme, suffit, a mon avis, pour justifier qu'on se demande si

l'art. 251 est conforme avec les principes de justice fondamentale. Il y a toutefois une autre violation de la securite de la personne. Il ressort de la preuve que l'art. 251 porte atteinte a l'integrite psychologique des femmes voulant un avortement. Un rapport de 1985 de l'Association medicale canadienne, etudie dans le rapport Powell, a la p. 15, souligne que la procedure qu'implique l'art. 251, avec les delais qui en decoulent, accroit de beaucoup le niveau d'angoisse des patientes, ce qui peut accroitre le nombre de complications somatiques liees a l'avortement. Un specialiste en fertillite, le Dr Henry David, a temoigne a titre d'expert au proces au sujet de l'effet psychologique sur les femmes des delais d'obtention d'un avortement. D'apres son temoignage, ses propres etudes ont demontre que la tension psychologique augmente chez les femmes forcees d'attendre pour se faire avorter, d'autant que cette tension est accrue par l'incertitude quant a savoir si un comite de l'avortement therapeutique donnera ou non son approbation.

30 Le Dr Jane Hodgson, directrice medicale du Women's Health Center de Duluth, au Minnesota, a sans doute donne, au proces, le temoignage le plus impressionnant au sujet de l'effet psychologique sur les femmes des delais inherents a la procedure de l'art. 251. Elle avait ete assignee afin de faire part de son experience avec les femmes canadiennes qui se rendent au Women's Health Center pour se faire avorter. Son temoignage est long, mais ces brefs extraits peuvent en transmettre l'idee:

[TRADUCTION] Puis-je ajouter un autre point qui me parait des plus vital: beaucoup de femmes [canadiennes] font le voyage parce qu'elles savent qu'elles devront attendre d'abord de recevoir l'autorisation, puis qu'un lit d'hospital soit disponible, ou d'obtenir l'admission dans un hopital, et qu'elles savent donc qu'il faudra qu'on leur administre la methode medicamenteuse. Certaines d'entre elles sont deja passees par la, d'autres savent ce que ea veut dire, aussi sont-elles pretes a faire a peu pres n'importe quoi pour l'eviter.

Et, bien entendu, c'est-a-dire [...] j'estime qu'il s'agit la d'une therapeutique des plus cruelles, aussi suis-je prete a tout faire pour les aider a l'eviter.

.....

Le cout, le temps perdu, les risques medicaux, l'angoisse mentale: tout cela c'est de la cruaute, aujourd'hui, a notre epoque, parce qu'il s'agit d'une methode [la methode medicamenteuse] desuete, a peu pres en voie de disparition aux Etats-Unis.

J'ai deja dit que la methode medicamenteuse oblige la femme a subir les contractions et a endurer l'accouchement d'un foetus generalement mais pas toujours mort-ne. Les statistiques de 1982 montrent que, dans 33, 4 pour 100 des avortements en Ontario, on a utilise la methode medicamenteuse et le rapport Powell revele, a la p. 36, que, meme en 1986, il y avait toujours une haute incidence d'avortements pratiques au second trimestre en Ontario. Le dommage psychologique cause par le delai d'obtention des avortements, dont une grande part doit etre attribuee a la procedure prevue a l'art. 251, constitue une atteinte

supplémentaire au droit à la sécurité de la personne.

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

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

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

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

Même si l'objet d'une loi est inattaquable, la procédure administrative créée par la loi pour la mise en œuvre de cet objet peut produire des effets inconstitutionnels et la loi doit alors être invalidée. Il importe de rappeler qu'en parlant des effets d'une loi, la Cour, dans l'arrêt R. c. Big M Drug Mart Ltd., se référait encore aux effets qui peuvent invalider une loi en vertu de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 et non aux effets individuels, qui pourraient amener un tribunal à accorder une réparation à une personne en vertu du par. 24(1) de la Charte. En l'espèce, les appelants se plaignent des effets généraux de l'art. 251. Si l'article 251 du Code criminel viole effectivement l'art. 7 de la Charte par suite de ses effets généraux, cela peut suffire à invalider la loi en vertu de l'art. 52. Par ailleurs, je rappellerais que les

appelants ont qualite pour contester une loi inconstitutionnelle s'ils risquent d'etre declares coupables d'une infraction a cette loi, meme s'ils n'ont pas directement a patir des effets inconstitutionnels: l'arret R. c. Big M Drug Mart Ltd. , a la p. 313. Le ministere public n'a d'ailleurs pas conteste leur qualite pour agir.

34 En resume, l'art. 251 est un texte legislatif qui oblige des femmes a mener un foetus a terme a l'encontre de leurs propres priorites et aspirations et qui impose des delais considerables qui accroissent le traumatisme physique et psychologique des femmes qui satisfont a ses criteres. Il faut donc determiner si l'atteinte a eu lieu en conformite avec les principes de justice fondamentale, ce qui sauverait l'art. 251 en vertu de la seconde partie de l'art. 7.

### C. Les principes de justice fondamentale

35 Bien que les << principes de justice fondamentale >> mentionnes a l'art. 7 aient une composante de fond et une composante de procedure (Renvoi: Motor Vehicule Act de la C.-B. , a la p. 499), j'ai deja dit qu'il n'est pas necessaire en l'espece de se prononcer sur le fond de l'art. 251 du Code criminel . Mon analyse se limitera donc aux divers aspects de la structure et de la procedure administratives etablies par l'art. 251 pour l'obtention des avortements therapeutiques.

36 En bref, l'art. 251 fonctionne de la maniere suivante. Le paragraphe (1) fait un acte criminel de l'emploi, par qui que ce soit, de quelque moyen avec l'intention << de procurer l'avortement d'une personne du sexe feminin >>. Le paragraphe (2) prevoit, en parallele, que se rend coupable d'un acte criminel toute femme enceinte qui emploie ou permet que soit employe quelque moyen avec l'intention << d'obtenir son propre avortement >>. Les << moyens >> dont il est question aux par. (1) et (2) sont definis au par. (3) comme etant l'administration d'une drogue ou << autre substance deletere >>, l'emploi d'un instrument et << toute manipulation >>. La disposition cruciale en l'espece est le par. (4) selon lequel les infractions prevues aux par. (1) et (2) << ne s'appliquent pas >> dans certaines circonstances. La Cour d'appel de l'Ontario, en l'espece, a qualifie le par. 251(4) de [TRADUCTION] << disposition disculpatoire >> ((1985), 52 O.R. (2d) 353 , a la p. 365). Dans l'arret Morgentaler (1975), a la p. 673, cette Cour, a la majorite, a juge que le par. 251(4) avait pour effet d'offrir << a ceux qui satisfont a ses conditions, un moyen de defense complet >>.

37 La procedure entourant cette defense est plutot complexe. Une femme enceinte qui desire un avortement doit s'adresser au << comite de l'avortement therapeutique >> d'un hopital << accredite ou approuve >>. Ce comite a le pouvoir de delivrer un certificat ecrit attestant que, par decision de la majorite des membres du comite, la continuation de la grossesse risque de mettre la vie ou la sante de la femme enceinte en danger. Sur remise d'une copie du certificat a un medecin qualifie qui n'est pas membre du comite de l'avortement therapeutique, celui-ci est autorise a procurer un avortement a la femme enceinte et tant le medecin que la femme echappent a toute responsabilite criminelle.

38 Le paragraphe (6) fournit plusieurs definitions qui ont des

repercussions sur l'issue de ce pourvoi. Un «> hospital accredite >> designe un hospital accredite par le Conseil canadien d'accreditation des hopitaux «> dans lequel sont fournis des services de diagnostic et des traitements medicaux, chirurgicaux et obstetricaux >>. Un «> hospital approuve >> est un hospital «> approuve aux fins du present article par le ministre de la Sante >> d'une province. Un «> comite de l'avortement therapeutique >> doit etre «> forme d'au moins trois membres qui sont tous des medecins qualifies >> nommes par le Conseil d'administration de l'hopital. Curieusement, le terme «> sante >> n'est pas defini a l'art. 251, de sorte qu'il semble que les comites de l'avortement therapeutique sont libres d'elaborer leur propre theorie pour determiner quand une atteinte eventuelle a la «> sante >> d'une femme peut justifier l'octroi d'un certificat d'avortement therapeutique.

39 Cependant, comme c'est souvent le cas en matiere d'interpretation, la simple lecture des dispositions legislatives ne dit pas tout. Pour comprendre la nature et la portee veritables de l'art. 251, il est necessaire d'examiner l'application pratique des dispositions. La Cour a reeu une myriade de memoires sur les faits a cet egard. L'une des sources d'information les plus utiles est le rapport Badgley. Le comite sur l'application des dispositions legislatives sur l'avortement a ete cree par les decrets C.P. 1975-2305, -2306, -2307 du 29 septembre 1975 avec pour mandat «> d'entreprendre une etude visant a determiner si les dispositions prevues par le Code criminel relativement a la pratique d'avortements therapeutiques sont appliquees de maniere equitable dans tout le Canada >>. Statistique Canada a fourni des statistiques au comite et celui-ci a aussi procede a ses propres recherches, rencontrant les fonctionnaires des ministeres des procureurs generaux et des ministeres provinciaux de la sante et procedant a la visite de 140 hopitaux canadiens. Le comite a aussi fait proceder a des sondages, a l'echelle nationale, sur les hopitaux, leur personnel, les medecins et les patients. Le comite a conclu en somme que: «> Le recours prevu par la Loi sur l'avortement n'est pas applique de facon equitable a travers le Canada >> (a la p. 19). Bien entendu, cette conclusion n'amene pas necessairement a dire que la procedure prevue a l'art. 251 viole les principes de justice fondamentale. Une application injuste de la loi peut etre imputable a des forces externes qui n'ont rien a voir avec la loi elle-meme.

40 Le rapport Badgley est une mine de renseignements qui demontre cependant qu'un grand nombre des problemes les plus graves dans l'application de l'art. 251 resultent des exigences administratives et de procedures etablies par la loi. Par exemple, le comite Badgley note, a la p. 92:

...la Loi sur l'avortement exige implicitement un minimum de trois medecins qualifies agissant comme membres du comite de l'avortement therapeutique, plus un medecin qualifie qui n'est pas membre de ce comite, pour pratiquer l'intervention.

Le comite poursuit avec l'observation suivante (a la p. 113):

Sur les 1,348 hopitaux civils en service en 1976, au moins 331 hopitaux comptaient moins de quatre medecins membres de leur personnel medical. En ce qui concerne la repartition des medecins, 24.6 pour cent des hopitaux au Canada

n'avaient pas un personnel medical suffisamment important pour pouvoir creer un comite de l'avortement therapeutique et pratiquer l'avortement.

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

41 D'autres exigences administratives et procedurales du par. 251(4) reduisent la possibilite d'obtenir des avortements therapeutiques. Pour les fins de l'art. 251, les avortements therapeutiques ne peuvent etre pratiques que dans des hopitaux << accredites >> ou << approuves >>. Comme il a ete dit precedemment, un hopital << approuve >> est un hopital que le ministre de la Sante de la province designe comme tel, afin de lui permettre de pratiquer des avortements therapeutiques. Le ministre n'a aucune obligation d'octroyer cette approbation. En outre, un hopital << accredite >> doit non seulement etre accredite par le Conseil canadien d'accreditation des hopitaux, il doit aussi offrir certains services precis. Un grand nombre d'hopitaux canadiens n'offrent pas tous les services requis, ce qui leur interdit automatiquement de pratiquer des avortements therapeutiques. Le rapport Badgley souligne les limitations importantes que ces exigences imposent surtout lorsqu'on les lie avec la regle des quatre medecins mentionnee ci-dessus (a la p. 115):

Sur les 1,348 hopitaux civils que comptait le Canada en 1976, 789 hopitaux, soit 58.5 pour cent, n'etaient pas aptes a etabliir un comite de l'avortement therapeutique, soit en raison de la specialisation des traitements fournis dans ces etablissements, soit a cause d'un personnel medical insuffisant ou du genre d'installations dont ils disposaient.

De plus, meme si un hopital est autorise a former un comite de l'avortement therapeutique, rien dans l'art. 251 ne l'oblige a le faire. Le comite Badgley a decouvert qu'en 1976, des 559 hopitaux generaux qui repondaient aux exigences de procedure de l'art. 251, 271 hopitaux seulement, au Canada, soit seulement 20, 1 pour 100 du total, avaient effectivement forme un comite de l'avortement therapeutique (a la p. 116).

42 Meme si le rapport Badgley remonte a dix ans, les statistiques en cause ne semblent pas perimees. D'ailleurs, Statistique Canada rapportait qu'en 1982 le nombre d'hopitaux ayant des comites de l'avortement therapeutique etait en fait tombe a 261. (Principales statistiques sur les avortements therapeutiques, Canada: 1982 (1983).) Les statistiques pour l'Ontario sont encore plus recentes. Dans le rapport Powell, on mentionne qu'en 1986 seulement 54 pour 100 des hopitaux accredites dans la province ayant un departement de soins intensifs avaient forme des comites de l'avortement therapeutique. Dans cinq comites, il n'y avait aucun comite (a la p. 24). Des 95 hopitaux ayant des comites, 12 n'avaient pas pratique d'avortements en 1986 (a la p. 24).

43 Le rapport Powell revele que la procedure de l'art. 251 suscite une autre difficulte grave. L'obligation que les avortements therapeutiques soient seulement pratiques dans des hopitaux << accredites >> ou << approuves >> signifie que

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

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

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

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

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

habituellement un avortement aux femmes mariees, a moins qu'elles ne soient physiquement en danger, alors que, pour d'autres comites, il est possible a une femme mariee de demontrer qu'elle subirait un prejudice psychologique si la grossesse se poursuivait, et de justifier ainsi un avortement. Il n'est, en general, pas possible que les femmes sachent a l'avance quelle norme de sante un comite donne appliquera. Le juge en chef adjoint Parker, a la p. 377, a juge que la preuve montrait clairement que le par. 251(4) ne fournit pas de directives adequates aux comites de l'avortement therapeutique charges de decider quand, legalement, il peut y avoir avortement:

[TRADUCTION] Le rapport [Badgley], et d'autres preuves presentees pour etayer cette requete montrent que chaque comite de l'avortement therapeutique est libre de se doter de ses propres directives et que de nombreux comites ont des exigences arbitraires. Certains comites rejettent les demandes de deuxieme avortement, a moins que la patiente ne consente a la sterilisation; d'autres exigent un examen psychiatrique et d'autres encore n'accordent pas d'approbation dans le cas des femmes mariees.

46 Il ne sert a rien de dire que le terme << sante >> est un terme medical et que les medecins qui siegent aux comites de l'avortement therapeutique ne font qu'exercer leur jugement professionnel. Un comite de l'avortement therapeutique est un hybride etrange, en partie comite medical et en partie comite legal. Ici encore, pour reprendre les propos du juge en chef adjoint Parker, a la p. 381:

[TRADUCTION] Etant donne les consequences de la delivrance ou du refus de delivrer un certificat, il m'est difficile de reduire les pouvoirs du comite a une simple declaration d'opinion sur les risques pour la vie ou la sante de la requerante s'il y a poursuite de la grossesse. La decision du comite a des effets tres reels sur l'obtention d'un avortement par la femme enceinte requerante et sur l'eventuelle responsabilite criminelle que pourraient encourir tant la requerante que le medecin qui procede a l'intervention.

Lorsque la decision du comite de l'avortement therapeutique a des consequences juridiques aussi directes, l'absence de norme legale claire a appliquer par le comite pour arriver a sa decision constitue un vice de procedure grave.

47 L'effet combine de tous ces problemes et de la procedure etablie par l'art. 251 pour l'obtention des avortements therapeutiques constitue un manquement aux principes de justice fondamentale. Dans le Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B., le juge Lamer dit, a la p. 503: << les principes de justice fondamentale se trouvent dans les preceptes fondamentaux de notre systeme juridique >>. L'un des preceptes fondamentaux de notre systeme de justice criminelle est que, lorsque le Parlement cree une defense a l'egard d'une accusation criminelle, celle-ci ne doit etre ni illusoire ni a ce point difficile a faire valoir qu'elle soit illusoire en pratique. Le droit criminel constitue une forme tres speciale de reglementation gouvernementale, car il cherche a exprimer la desapprobation collective de notre societe pour certains actes ou omissions. Lorsqu'un moyen de defense est prevu, surtout lorsqu'il s'agit d'un moyen de defense coneu specifiquement pour une accusation particuliere, c'est parce que le legislateur a juge que la desapprobation de la societe n'est pas justifiee lorsque les conditions de ce

moyen de defense sont remplies.

48 Prenons donc le cas d'une femme mariee enceinte qui desire demander un certificat d'avortement therapeutique parce qu'elle craint que sa sante psychologique soit gravement atteinte si elle mene le foetus a terme. D'apres la preuve indiscutee, il existe de nombreuses regions au Canada ou cette femme ne pourrait tout simplement pas obtenir un avortement therapeutique. Il se peut qu'elle vive dans une region ou il n'y a pas d'hopitaux ou exercent quatre medecins; aucun comite d'avortement therapeutique ne peut etre cree. De meme, il se peut qu'elle vive dans une region ou les traitements qu'assurent les hopitaux alentour ne repondent pas a la definition d'« hospital accredite » du par. 251(6). Ou il se peut qu'elle habite dans une province ou le gouvernement provincial a impose aux hopitaux desireux de former des comites de l'avortement therapeutique des conditions si rigoureuses qu'aucun hopital ne peut y satisfaire. Ou encore, notre femme hypothetique peut avoir affaire a un comite de l'avortement therapeutique, a l'hopital local, qui definit la « sante » en termes purement somatiques ou qui refuse d'approuver l'avortement pour les femmes mariees. Dans chacun de ces cas, ce sont les structures administratives et la procedure etablie par l'art. 251 lui-meme qui, en pratique, interdisent a cette femme de se prevaloir de la defense que lui accorde le par. 251(4).

49 Les faits demontrent qu'un grand nombre de femmes se trouvent dans une situation de ce genre. Les medecins de l'hopital Chedoke-McMaster d'Hamilton ont temoigne avoir reeu des appels telephoniques de femmes de toutes les regions de l'Ontario qui avaient fait sans succes une demande d'avortement therapeutique aux hopitaux locaux. A une certaine epoque, 80 pour 100 des patientes admises a Chedoke-McMaster pour se faire avorter venaient de l'exterieur d'Hamilton, aussi l'hopital a-t-il ete force de limiter l'admission des femmes venant de l'exterieur de la zone qu'il dessert. Le rapport Powell revele que, dans plus de 50 pour 100 des comtes de l'Ontario, en 1986, la majorite des femmes qui ont obtenu un avortement l'ont fait a l'exterieur de leur lieu de residence (a la p. 7). Mais, fait plus revelateur encore, [TRADUCTION] « un minimum de cinq mille Ontariennes se font chaque annee avorter dans des cliniques independantes, au Canada et aux Etats-Unis » (a la p. 7).

50 Le ministere public soutient, dans son memoire additionnel, que les femmes qui eprouvent des difficultes a se faire avorter au lieu de leur domicile n'ont qu'a se deplacer pour obtenir un avortement therapeutique ailleurs au Canada. Cet argument ne serait pas specialement genant si les difficultes auxquelles les femmes ont a faire face ne resultaient pas dans une large mesure des exigences procedurales de l'art. 251 lui-meme. Si les femmes ne faisaient que rechercher l'anonymat en allant ailleurs ou se trouvaient simplement confrontees aux difficultes habituelles qu'il y a a obtenir des soins medicaux dans les regions rurales, il pourrait etre approprie de dire « qu'elles aillent ailleurs ». Mais la preuve etablit de facon concluante que c'est la loi elle-meme qui, de bien des manieres, les empeche d'avoir acces aux institutions locales offrant l'avortement therapeutique. L'enorme fardeau emotionnel et financier impose aux femmes qui doivent se deplacer loin de chez elles pour obtenir un avortement est un fardeau cree dans bien des cas par le Parlement. En outre, il n'est pas exact de dire aux femmes qui, au depart, sembleraient admissibles en vertu du par.

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

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

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

De même, le Parlement doit avoir la latitude voulue pour concevoir une structure administrative et procédurale appropriée qui permette à une défense particulière de jouer, afin d'éviter une responsabilité criminelle. Mais, si cette structure est « nettement injuste, compte tenu des décisions qu'elle est appelée à prendre, au point de violer les principes de justice fondamentale », elle doit être invalidée. En l'espèce, la structure - le système régissant l'accès aux avortements thérapeutiques - est manifestement injuste. Elle comporte tellement de barrières potentielles à son propre fonctionnement que la défense qu'elle institue sera, dans de nombreuses circonstances, hors de portée en pratique des femmes qui, au départ, auraient pu s'en prévaloir ou, à tout le moins, forcera ces femmes à se déplacer sur de grandes distances et à subir de grands frais et inconvenients pour bénéficier d'une défense que l'on considère généralement ouverte à tous.

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

V Analyse de l'article premier

53 L'article premier de la Charte peut potentiellement servir à « sauvegarder » une disposition législative qui enfreint l'art. 7: Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B., le juge Lamer, à la p. 520. Les principes régissant l'analyse requise aux termes de l'article premier ont été énoncés dans l'arrêt R. c. Big M Drug Mart Ltd. et, de façon plus précise encore, dans l'arrêt R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103. Une disposition législative qui enfreint un article de la Charte ne peut être sauvegardée en vertu de l'article premier que si la partie qui en soutient la validité peut démontrer, en premier lieu, que l'objectif de la disposition est « suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution » (arrêt R. c. Big M Drug Mart Ltd., à la p. 352) et, en second lieu, que les moyens choisis pour l'emporter sur le droit ou la liberté sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique. Ce second aspect fait en sorte que les moyens législatifs soient proportionnels aux fins législatives (Oakes, aux pp. 139-140). Dans l'arrêt Oakes, à la p. 139, la Cour se réfère à trois facteurs particulièrement utiles à l'évaluation de la proportionnalité entre les moyens et les fins. En premier lieu, les moyens choisis pour atteindre un objectif important doivent être rationnels, justes et non arbitraires. En second lieu, les moyens législatifs doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en cause. En troisième lieu, les effets de la restriction du droit ou de la liberté en cause ne doivent pas être disproportionnés par rapport à l'objectif recherché.

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

55 L'article 251 prescrit que les intérêts du fœtus ne doivent pas être protégés lorsque « la vie ou la santé » de la femme est en danger. Le Parlement a donc lui-même expressément déclaré à l'art. 251 que « la vie ou la santé » des femmes enceintes l'emporte. Il est clair que la procédure prévue au par. 251(4) se rapporte à « la vie ou la santé » de la femme enceinte, car c'est l'expression même utilisée dans le paragraphe. Comme le juge McIntyre le dit dans ses motifs (à la p. 155), le but du par. 251(4) vise « à limiter l'avortement aux cas où la continuation de la grossesse nuirait ou nuirait probablement à la vie ou à la santé de la femme en cause, et non pas à donner la possibilité illimitée de se faire avorter ». Il ne m'est donc pas difficile de conclure que l'objectif de

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

56 Je suis également convaincu, néanmoins, que les moyens choisis pour atteindre les objectifs législatifs de l'art. 251 ne sont conformes à aucun des trois éléments de la proportionnalité énoncée par l'arrêt R. c. Oakes. La preuve m'a amené à conclure que l'atteinte à la sécurité de la personne des femmes enceintes causée par l'art. 251 n'est pas conforme avec les principes de justice fondamentale. Il a été démontré que la procédure et les structures administratives instaurées par l'art. 251 sont souvent arbitraires et injustes. La procédure établie pour mettre en œuvre la politique de l'art. 251 porte atteinte aux droits garantis par l'art. 7 au-delà de ce qui est nécessaire, puisqu'elle ne fournit qu'une défense illusoire à nombre de femmes qui, *prima facie*, pourraient se prévaloir des dispositions disculpatoires du par. 251(4). En d'autres termes, beaucoup de femmes que le Parlement prétend ne pas vouloir tenir criminellement responsables seront néanmoins forcées, par l'impossibilité pratique de se prévaloir de cette supposée défense, de prendre le risque d'être tenues responsables ou de s'exposer à un autre danger, tel un avortement tardif traumatisant, en raison des délais inhérents au système de l'art. 251. Enfin, pour nombre de femmes enceintes, les effets de la limitation des droits garantis par l'art. 7 sont disproportionnés par rapport à l'objectif recherché. D'ailleurs, dans la mesure où le par. 251(4) est conçu pour la protection de la vie et la santé des femmes, la procédure qu'il établit peut, en fait, mettre cet objectif en échec. Les structures administratives du par. 251(4) sont si lourdes que les femmes dont la santé est menacée par leur grossesse peuvent se trouver dans l'impossibilité d'obtenir un avortement thérapeutique, si ce n'est au prix de traumatismes, de dépenses et d'inconvénients majeurs.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

meurtre. Il suffit d'évoquer cette possibilité pour saisir les repercussions potentielle ment effrayantes des assertions de Me Manning. Lord Mansfield critiquait déjà en 1784 ce dangereux argument qu'un jury peut être encouragé à ne pas tenir compte de la loi dans une affaire de libelle criminel dans l'arrêt *R. v. Shipley* (1784), 4 Dougl. 73, 99 E.R. 774 , à la p. 824:

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

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

.....

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

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

62 Certes, il est vrai que le jury jouit de facto du pouvoir de ne pas tenir compte des règles de droit que lui dicte le juge. Nous ne pouvons pénétrer dans la salle des délibérations du jury. Le jury n'a jamais à expliquer les raisons qui sous-tendent son verdict. Il se peut même que, dans certaines circonstances limitées, la décision secrète d'un jury de refuser d'appliquer la loi fasse de lui, pour reprendre les termes du document de travail de la Commission de réforme du droit du Canada: le "protecteur ultime des citoyens contre l'application arbitraire de la loi et contre l'oppression du gouvernement" (C.R.D.C., Document de travail 27, *Le jury en droit pénal* (1980)). Mais reconnaître ce fait est très loin de suggérer qu'un avocat peut encourager un jury à méconnaître une loi qui ne lui plaît pas ou à lui dire qu'il a le droit de la faire. La différence entre l'acceptation du pouvoir discrétionnaire de facto d'appliquer la loi et l'élevation de ce pouvoir au niveau d'un droit a été exposée clairement par la United States Court of Appeals du district de Columbia, dans l'arrêt *United States v. Dougherty* , 473 F.2d 1113 (1972), le juge Leventhal, à la p. 1134:

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

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

## VII Conclusion

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

64 Au cours des plaidoiries, l'avocat du ministère public a fait valoir que si la Cour devait juger que l'aspect procédural de l'art. 251 enfreignait la Charte, seule la procédure établie par l'article devrait alors être annulée, soit les par. (4) et (5). Pressée de questions par la Cour, Me Wein a finalement concédé que tout l'art. 251 doit tomber s'il enfreint l'art. 7. Me 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.

65 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:

66 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.

67 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 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.

68 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.

69 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 fœtus, 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 encaissé 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 - 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.

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

#### I - L'article 251 du Code criminel

71 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) 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,

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.

recourt a un moyen quelconque pour realiser son intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe feminin. Le paragraphe (2) stipule qu'une femme enceinte qui emploie, ou permet que soit employe, un moyen quelconque pour realiser son intention d'obtenir son propre avortement est coupable d'un acte criminel assorti d'une peine maximale moindre. Le paragraphe (3) definit ce que comprend l'expression << moyen >> aux fins de l'art. 251.

73 Le paragraphe (4), conjugue aux par. (5), (6) et (7), decrit les criconstances dans lesquelles un avortement peut etre legalement pratique. Pour les fins du present pourvoi ou l'existence d'un droit constitutionnel a l'avortement et l'etendue de ce droit sont en cause, il est particulierement important de comprendre les circonstances dans lesquelles le Parlement a decriminalise l'avortement et l'a ainsi rendu possible sans que l'on s'expose a des sanctions criminelles en vertu de la loi. Avant meme l'avenement de la Charte , le Parlement a reconnu que l'interet que represente la vie ou la sante de la femme enceinte l'emporte sur celui qu'il y a a interdire les avortements, y compris l'interet qu'a l'Etat dans la protection du foetus, lorsque la continuation de la grossesse mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la sante de la femme enceinte. La possibilite d'obtenir un avortement licite en vertu du Code criminel , quoique dans des circonstances limitees, existe independamment de tout droit pouvant ou non etre fonde sur la Charte .

74 Comme il ressort clairement de son exorde, le par. (4) est une disposition disculpatoire: les par. (1) et (2), qui indiquent quand un comportement lie a une interruption de grossesse est un acte criminel, << ne s'appliquent pas >> lorsque les conditions du par. (4) sont remplies. Jusqu'a ce que l'art. 18 de la Loi de 1968-69 modifiant le droit penal , S.C. 1968-69, chap. 38, ajoute les par. (4), (5), (6) et (7), il n'y avait aucune exception legale au crime d'avortement. En l'espece, 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, a la p. 366:

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

75 La possibilite d'obtenir un avortement, sans s'exposer a une peine criminelle en vertu du Code criminel , est exprimee par le legislateur aux par. 251(4), (5), (6) et (7), sous la forme de clauses d'exception relativement aux actes criminels definis 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-apres l'arret << Morgentaler (1975 ) >>], ces clauses d'exception << permet[tent] simplement de poser legalement un geste qui autrement serait illegal >> (a la p. 631). Dans la meme affaire, le juge Pigeon affirme qu'en 1969 << les circonstances requises pour qu'un avortement puisse etre legalement pratique ont ete definies de facon explicite et specifique >> (a la p. 660).

76 Ce qui importe lors de l'etude du par. (4), ce n'est pas, bien entendu, l'appellation donnee a la regle disculpatoire mais la regle elle-meme: le legislateur 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).

En tant 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 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 reprehensible ». 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.

77 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.

78 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 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 dument qualifie et que l'avortement soit pratique dans un hopital accredite ou approuve.

79 Dans l'ensemble, la procedure exposee au par. 251(4) a ete mise en place pour assurer que le critere de l'exception, savoir que la continuation de la grossesse mettrait ou mettrait probablement en danger la sante de la femme enceinte, a ete respecte avant que le legislateur n'autorise de pratiquer un avortement en toute impunitie. Le legislateur protege la vie et la sante de la femme enceinte en lui permettant d'obtenir un avortement lorsqu'il a ete etabli, par les moyens choisis par le legislateur, que sa vie ou sa sante serait ou serait probablement en danger si la grossesse se poursuivait. Les autres dispositions du par. 251(4), quoique necessaires pour rendre l'avortement licite, ont ete adoptees pour assurer que le critere soit respecte et qu'une fois qu'il l'a ete l'avortement devenu licite soit pratique en toute securite. Les autres regles 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 therapeutiques licites et possibles, et aussi d'assurer qu'on n'abusera pas de l'excuse de la therapie et, enfin, que les avortements licites ne comporteront aucun risque.

80 La reconnaissance par le legislateur de la legalite des avortements, selon un critere specifique precise dans la loi, est importante, je pense, pour bien comprendre l'existence d'un droit a l'avortement fonde sur les droits garantis par l'art. 7 de la Charte . Ce droit constitutionnel ne prend pas sa source dans le Code criminel mais, a mon avis, le contenu du critere du par. 251(4) que le legislateur a reconnu dans la Loi de 1968-69 modifiant le droit penal , a ete enchasse a tous egards, au moins comme un minimum, lorsqu'un droit distinct, a l'art. 7, est devenu partie integrante en 1982 du droit constitutionnel canadien.

## II - Le droit a la securite de la personne garanti par l'art. 7 de la Charte

81 L'article 7 de la Charte prevoit:

7 . Chacun a droit a la vie, a la liberte et a la securite de sa personne; il ne peut etre porte atteinte a ce droit qu'en conformite avec les principes de justice fondamentale.

82 Je partage l'opinion exprimee pour la premiere fois par le juge Wilson dans l'arret Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1985] 1 R.C.S. 177 , a la p. 205, et confirmee par le juge Lamer dans le Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B., [1985] 2 R.C.S. 486 , a la p. 500, qu'il << incombe a la Cour de preciser le sens de chacun des elements, savoir la vie, la liberte et la securite de la personne, qui constituent le << droit >> mentionne a l'art. 7 >>. La portee complete de cette garantie constitutionnelle n'apparaitra qu'avec le temps. Par consequent, le contenu minimum que j'attribue a l'art. 7 n'interdit pas, non plus qu'il n'assure d'ailleurs, la conclusion a l'existence d'un droit constitutionnel plus large, lorsque les tribunaux seront confrontes a cette question, ou a d'autres, dans d'autres contextes. Comme nous le verrons, le contenu de l'element

<< securite de sa personne >> du droit prevu a l'art. 7 est suffisant en soi pour invalider l'art. 251 du Code criminel et, par consequent, pour disposer du pourvoi.

83 En analysant le contenu du droit protege par l'art. 7 de la Charte en l'espece, la Cour d'appel de l'Ontario ecrit, aux pp. 377 et 378, que [TRADUCTION] << ce serait donner une interpretation trop etroite a l'art. 7 que de le limiter a une protection contre les arrestations et detentions arbitraires >>. On verra dans ce qui suit que je partage cet avis. D'ailleurs, le sens ordinaire des termes << la vie, la liberte et la securite de sa personne >> dement cette conception limitee de la portee de l'art. 7. Comme le juge Estey le fait observer dans l'arret *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357 , a la p. 377, l'examen de la rubrique << Garanties juridiques >> qui precede les art. 7 a 14 de la Charte ne constitue tout au plus qu'une etape dans le processus d'interpretation constitutionnelle et ne revet pas necessairement une importance decisive. Je suis toutefois conscient que c'est dans un contexte de droit criminel que << la securite de la personne >> et la violation pretendue de l'art. 7 sont en cause en l'espece. La jouissance de << la securite de la personne >>, sans menace de repression penale, est primordiale pour comprendre la violation du droit garanti par la Charte que je decris ici. Il n'est pas necessaire de decider si l'art. 7 s'appliquerait dans d'autres circonstances.

84 On ne peut dire que la personne de la femme enceinte est en securite si, alors que sa vie ou sa sante est en danger, elle est confrontee a une regle de droit criminel qui l'empêche d'obtenir un traitement medical efficace en temps opportun.

85 En regle generale, le droit constitutionnel a la securite de la personne doit inclure une forme de protection contre l'intervention de l'Etat lorsque la vie ou la sante d'une personne est en danger. La Charte , cela va sans dire, ne protege pas les hommes et les femmes contre les infortunes, meme les plus graves, dues a la nature. L'article 7 ne saurait etre invoque simplement parce que la vie ou la sante d'une personne est en danger. De toute evidence, on ne saurait dire que l'Etat a viole, par exemple, la securite de la personne d'une femme enceinte simplement parce que sa grossesse, en elle-meme et par elle-meme, represente un danger pour sa vie ou sa sante. Il doit y avoir intervention de l'Etat pour qu'il y ait violation de la << securite de la personne >> visee a l'art. 7.

86 Si une regle de droit criminel empêche une personne d'obtenir un traitement medical approprie lorsque sa vie ou sa sante est en danger, l'Etat est alors intervenu et cette intervention constitue une violation de la securite de la personne de cet homme ou de cette femme. La << securite de la personne >> doit inclure un droit au traitement medical d'un etat dangereux pour la vie ou la sante, sans menace de repression penale. Si une loi du Parlement force une personne dont la vie ou la sante est en danger a choisir entre, d'une part, la perpetration d'un crime pour obtenir un traitement medical efficace en temps opportun et, d'autre part, un traitement inadquat ou pas de traitement du tout, le droit a la securite de la personne est viole.

87 Cette interpretation de l'art. 7 de la Charte suffit pour evaluer 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 a la securite doit << dependre d'une atteinte a quelque interet dont la nature et l'importance justifieraient une protection constitutionnelle >>, j'estime que la protection de la vie ou de la sante est un interet d'une importance suffisante a cet egard. En vertu du Code criminel , la seule facon pour une femme enceinte d'obtenir legalement un avortement lorsque la continuation de la grossesse mettrait ou mettrait probablement en danger sa vie ou sa sante consiste a se conformer a la procedure enoncee au par. 251(4). Lorsque la continuation de la grossesse constitue effectivement un danger pour la vie ou la sante, la femme enceinte doit faire un choix: (1) elle peut essayer de suivre la procedure du par. 251(4) qui, comme nous allons le voir, cree un risque medical supplementaire, etant donne l'attente qu'elle comporte inevitablement et la possibilite que le danger ne soit pas reconnu par le comite de l'avortement therapeutique impose par l'Etat; ou (2) elle peut obtenir un traitement medical sans respecter le par. 251(4) et s'exposer a des sanctions criminelles en vertu du par. 251(2).

### III - Delais engendres par la procedure de l'art. 251 en violation de la securite de la personne

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

Le rapport Badgley, 1977, est l'oeuvre d'un comite nomme par le Conseil prive, dont le mandat etait de mener une enquete afin de determiner si la procedure prevue au Code criminel pour obtenir des avortements therapeutiques est appliquee de facon equitable dans tout le Canada et de se prononcer sur la mise en oeuvre de cette loi, plutot que de faire des recommandations sur les principes qui la sous-tendent: rapport Badgley, a la p. 31.

Le rapport Powell, 1987, inedit, est une etude commandee par le ministere de la Sante, dont le mandat etait limite a un examen des services d'avortements therapeutiques offerts en Ontario. Comme dans le rapport Badgley, ce mandat ne comportait pas l'evaluation de la politique sousjacente du Code criminel : rapport Powell, appendice 1.

89 Je traiterai en premier lieu des delais engendres par la procedure de l'art. 251, puis des consequences qu'ils entraînent.

#### 1. Les delais engendres par la procedure de l'art. 251

90 Il ressort de la preuve que les rouages du par. 251(4) sont a l'origine de certains delais qui engendrent un risque medical additionnel pour beaucoup de femmes enceintes dont l'etat medical satisfait deja au critere de l'al. 251(4)c ). En bref, quand l'etat des femmes enceintes represente un danger pour leur vie ou leur sante, leurs efforts pour se conformer a la procedure enoncee par le Code criminel en ce qui concerne l'obtention d'avortements licites creent souvent un

risque additionnel pour leur sante. Elles peuvent avoir a choisir entre assumer le fardeau de ces risques, en acceptant de retarder le traitement medical, et commettre un crime, en cherchant a obtenir en temps opportun un traitement medical qui ne releve pas du par. 251(4). Etant donne que la procedure du par. 251(4) est a la source de ce risque additionnel, cette regle constitue une violation de la securite de la personne de la femme enceinte. J'essaierai d'abord de montrer que l'art. 251 est a l'origine de ces delais. Je citerai ensuite des elements de preuve etayant que ces delais en matiere de procedure creent un risque additionnel pour la sante des femmes enceintes.

91 Quoique seule l'inefficacite administrative occasionnee par les exigences de l'art. 251 soit pertinente lors de la determination de la constitutionnalite de la legislation au regard de l'art. 7 de la Charte , la preuve soumise quant a la possibilite d'obtenir des avortements therapeutiques conformes au Code criminel revele l'existence de trois sortes de delais qui peuvent tous etre relies aux exigences de l'art. 251 lui-meme : (1) l'absence, dans bien des regions du Canada, d'hopitaux dotes de comites de l'avortement therapeutique, (2) les contingents que certains hopitaux dotes de comites fixent au nombre d'avortements therapeutiques qu'ils pratiqueront et (3) l'obligation meme de recourir a un comite sont tous des causes de delai pour les femmes enceintes qui cherchent a obtenir un traitement medical efficace en temps opportun.

(1) L'absence d'hopitaux dotes de comites de l'avortement therapeutique

92 Les hopitaux dotes de comites de l'avortement therapeutique brillent par leur absence dans de nombreux endroits au Canada, ce qui force les femmes a s'adresser ailleurs et a attendre avant d'avoir acces aux hopitaux ou elles pourront obtenir des avortements therapeutiques sans menace de repression penale. Les exigences auxquelles doivent satisfaire les hopitaux en vertu de l'art. 251 sont responsables de cette absence d'hopitaux admissibles. Souvent, l'absence d'hopitaux peut etre reliee aux conditions prealables que les hopitaux doivent remplir en vertu du par. 251(6). Dans d'autres cas, cette carence est due au refus de certains conseils d'hopitaux, par ailleurs admissibles en vertu de la loi, de nommer des comites, comme c'est leur prerogative en vertu du par. 251(6). Je traiterai successivement de chacun de ces points.

93 Certaines definitions figurant au par. 251(6), lues conjointement avec le par. 251(4), ont pour effet de causer une absence d'hopitaux ou des avortements therapeutiques peuvent etre legalement pratiques. Le << comite de l'avortement therapeutique >> d'un hopital s'entend, d'apres le par. 251(6), d'un comite forme d'au moins trois medecins et dont le medecin 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 conjugue d'exiger qu'il y ait au moins quatre medecins a l'hopital pour que l'avortement therapeutique puisse etre legalement autorise et pratique. Le fait d'exiger qu'il y ait quatre medecins empeche manifestement de pratiquer des avortements therapeutiques dans des hopitaux qui ne comptent pas quatre medecins.

94 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 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.

95 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.

96 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.

97 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

pratiques licitement. Le rapport Badgley, a la p. 120, a conclu en 1977 que 39,3 pour 100 de la population feminine totale du Canada n'etait pas desservie par des hopitaux admissibles. Comme nous l'avons deja vu, l'absence d'hopitaux admissibles dans certaines regions du Canada force un grand nombre de femmes enceintes a quitter leur propre localite pour aller demander des soins medicaux la ou un hopital admissible peut les accueillir comme patientes. Une femme enceinte, dans ces circonstances, devra inevitablement attendre pour obtenir un avortement therapeutique.

98 Le manque d'hopitaux dotes d'un comite de l'avortement therapeutique est aggrave par le refus de certains conseils d'hopitaux, par ailleurs admissibles en vertu du Code criminel, de nommer des comites de l'avortement therapeutique. Comme les avortements therapeutiques ne peuvent etre pratiques que dans des hopitaux admissibles et que le comite qui certifie l'avortement doit etre forme par l'hopital meme, il en decoule effectivement une impossibilite de se faire traiter. Rien dans le Code criminel n'oblige le conseil d'un hopital admissible a nommer des comites de l'avortement therapeutique. En fait, un conseil a le droit de refuser de nommer un comite de l'avortement therapeutique dans un hopital qui aurait, par ailleurs, les qualites requises pour pratiquer des avortements, et les conseils le font souvent au Canada. Comme la decision de nommer un comite est, en partie, une decision de conscience et, dans certains cas, une decision qui touche aux croyances religieuses, une loi ne peut forcer un conseil a nommer un comite, pas plus qu'elle ne peut forcer un medecin a pratiquer un avortement. Le defaut de la loi reside non pas dans le fait qu'elle ne force pas les conseils a nommer des comites, mais dans celui qu'elle confere a ces conseils le pouvoir exclusif de les nommer.

99 Dans son article intitule << Abortion and the Just Society >> (1970), 5 R.J.T. 27, a la p. 36, Me Natalie Fochs Isaacs avait prevu avec justesse l'effet qu'aurait le pouvoir exclusif des conseils d'hopitaux d'etablir des comites:

[TRADUCTION] L'article 237 [maintenant l'art. 251] enonce l'exigence de la certification d'un avortement therapeutique par un comite de l'avortement therapeutique avant qu'il ne soit pratique. Mais l'article n'oblige aucun hopital a former un tel comite. Comme il n'est pas souhaitable de forcer un hopital a le faire, la limitation des avortements legaux par ce genre de certification preliminaire ne fournit cependant aucun mode subsidiaire de consultation medicale prealable chez les membres du personnel de tout hopital oppose a la creation du comite requis qui sont eux-memes en faveur des avortements therapeutiques. La nouvelle mesure legislative fait egalement en sorte que la personne qui demandera eventuellement a subir l'intervention sera a la merci de la politique institutionnelle de ce qui est peut etre l'unique hopital existant dans sa localite. [Omission des notes en bas de page.]

100 Le rapport Badgley, a la p. 102, fournit aussi des donnees sur la reduction du nombre d'hopitaux dotes d'un comite de l'avortement therapeutique par suite du refus des conseils des hopitaux par ailleurs admissibles en vertu de la loi de nommer des comites. A Terre-Neuve, 6 des 11 hopitaux par ailleurs admissibles a pratiquer des avortements therapeutiques ont effectivement nomme des comites, de sorte que seulement 6 hopitaux generaux sur un total de 46 etaient

aptes a pratiquer des avortements therapeutiques en vertu du Code criminel . Au Quebec, 31 des 128 hopitaux generaux ont nomme des comites de l'avortement therapeutique. En Saskatchewan, 10 des 133 hopitaux generaux ont nomme de tels comites. Au Manitoba, 8 des 78 hopitaux generaux ont nomme des comites. De maniere generale, le rapport Badgley, precite, conclut ce qui suit, a la p. 116:

Si l'on considere l'ensemble des hopitaux civils au Canada en 1976, soit 1,348 etablissements, 20.1 pour cent d'entre eux avaient etabli un comite de l'avortement therapeutique. Si l'on considere uniquement les hopitaux generaux qui satisfaisaient aux exigences provinciales et aux normes de la pratique hospitaliere et qui n'etaient pas exclus du fait de leur specialisation, sur ces 559 centres hospitaliers, 271 hopitaux, soit 48.5 pour cent, avaient etabli un comite de l'avortement therapeutique tandis que 288 hopitaux, soit 51.5 pour cent, n'en avaient pas forme.

101 D'apres le rapport Powell, une proportion comparable d'hopitaux avaient etabli des comites de l'avortement therapeutique en Ontario: [TRADUCTION] << des 176 hopitaux a soins intensifs accredités, 95 (54 %) avaient des comites de l'avortement therapeutique >> (a la p. 24). Les chiffres publies par le comite Badgley en 1977 ont ete confirmes dans un rapport recent de Statistique Canada selon lequel le nombre total d'hopitaux pourvus d'un comite de l'avortement therapeutique est passe, a l'echelle du pays, de 271 en 1976 a 250 en 1985 ( Avortements therapeutiques, 1985 (1986), a la p. 12).

102 Pour les fins de l'espece, il importe de reiterer que l'absence, dans de nombreuses regions du Canada, d'hopitaux dotes d'un comite de l'avortement therapeutique est due aux conditions suivantes de la loi, savoir:

- a) qu'un nombre total de quatre medecins de l'hopital doivent participer a l'autorisation et a la pratique de l'avortement therapeutique;
- b) que l'hopital doit etre "approuve" ou "accrédité"; et
- c) que seul le conseil de l'hopital a le droit de nommer un comite de l'avortement therapeutique.

103 Enfin, il vaut la peine de noter que 18 pour 100 des hopitaux qui avaient des comites de l'avortement therapeutique en 1984 n'ont pratique aucun avortement therapeutique (Avortements therapeutiques, 1985 , precite, a la p. 38). Le Dr Augustin Roy, president de la Corporation professionnelle des medecins du Quebec, a declare dans son temoignage au proces que sur les 30 hopitaux pourvus de comites de l'avortement therapeutique au Quebec, [TRADUCTION] << seuls environ quatorze ou quinze de ces hopitaux etaient operationnels, parce que beaucoup d'entre eux, disons la moitie, ont bel et bien un comite, mais ils ne pratiquent pas d'avortements. C'est un comite sur papier. >>

104 Un hopital dont le comite est inactif n'est pas plus utile a une femme enceinte qui veut un avortement therapeutique qu'un hopital sans comite ou que pas d'hopital du tout. Le delai impose a une femme enceinte parce que le comite de l'hopital local est inactif resulte peut-etre plus de la politique interne de

l'hospital que de l'art. 251 du Code criminel , mais l'art. 251 est a tout le moins indirectement la cause du delai du fait qu'il requiert l'opinion du comite de l'avortement therapeutique de cet hospital avant qu'un avortement licite puisse y etre pratique.

## (2) Les delais dus au contingentement

105 Les delais ne resultent pas uniquement de l'absence ou de l'inactivite des comites de l'avortement therapeutique. Il ressort de la preuve que certains hopitaux avant des comites contingentent le nombre d'avortements therapeutiques, alors que d'autres contingentent les patientes en fonction de leur lieu de residence. La preuve soumise en premiere instance confirme que ces contingents, signales initialement par le rapport Badgley, aux pp. 287 et suiv., existent toujours dans de nombreux hopitaux canadiens et qu'ils ont souvent pour effet d'empecher les femmes enceintes qui demandent des avortements therapeutiques de recevoir un traitement medical en temps opportun. Il est vrai, bien sur, que ces contingents resultent de la politique interne de l'hospital et non des termes de la loi elle-meme. Il est vrai egalement que ces contingents peuvent etre necessaires, compte tenu des ressources limitees des hopitaux et de la demande importante dont font l'objet ces ressources de la part des femmes enceintes qui veulent se faire avorter et dont certaines peuvent ne pas avoir les qualites requises pour obtenir un avortement therapeutique selon le critere du par. 251(4). Toutefois, on a soumis en preuve l'existence de contingents fixes en nombre absolu d'avortements pratiques et de contingents fondes sur le lieu de residence qui peuvent toucher des femmes par ailleurs aptes a obtenir un avortement licite en vertu de l'al. 251(4)c ). D'ailleurs, le comite Badgley declarait ceci en 1977, a la p. 288 de son rapport:

Deux hopitaux sur 5 (38.2 pour cent) n'etudiaient que les demandes des femmes residant sur le territoire generalement desservi par l'hospital. Des conditions de residence et des quotas de patientes etaient plus frequemment imposes dans les provinces maritimes (43.8 pour cent) et le Quebec (66.7 pour cent) que dans les hopitaux des autres provinces ou seulement un tiers d'entre eux posait de telles conditions. Dans les provinces ou les regions ou la proportion d'hopitaux ayant un comite et ayant etabli de telles conditions de residence ou des quotas etait plus elevee, il y avait proportionnellement plus de femmes qui allaient aux Etats-Unis pour obtenir un avortement provoque.

Ces contingents sont inevitables si l'on tient compte du fait que l'art. 251 exige que les avortements therapeutiques ne soient pratiques que dans des hopitaux admissibles et qu'il y a absence d'hopitaux dotes de comites dans certaines regions du pays. On ne peut donc pas affirmer que les contingents sont simplement le reflet de contraintes administratives ou budgetaires. A cet egard, la procedure de l'art. 251 est ici encore a l'origine de delais dans les soins prodigues.

## (3) Les delais dus a l'obligation de recourir a un comite

106 L'obligation d'avoir recours a un comite contribue elle-meme a retarder le traitement. La loi oblige le comite de l'avortement therapeutique a certifier que le critere du par. 251(4) est respecte 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 fœtus 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.

107 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 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.

108 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.

109 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. Les conséquences des délais

110 Les delais auxquels une femme enceinte peut avoir a se plier par suite des exigences du par. 251(4) doivent porter atteinte a la securite de sa personne pour qu'il y ait violation de cet element de l'art. 7 de la Charte . Comme je l'ai dit precedemment, l'art. 7 ne saurait etre invoque simplement parce que la grossesse d'une femme constitue un etat dangereux du point de vue medical. Si toutefois les delais causes par le par. 251(4) du Code criminel entrainent un danger additionnel pour la sante de la femme enceinte, alors l'Etat intervient et cette intervention constitue une violation de la securite de la personne de cette femme. En creant ce risque additionnel, l'art. 251 empeche l'obtention en temps opportun, du traitement medical efficace d'une femme dont la continuation de la grossesse mettrait ou mettrait probablement en danger sa vie ou sa sante. Si un avortement therapeutique efficace ne peut etre obtenu en temps opportun que par la perpetration d'un crime, l'art. 251 viole alors le droit de la femme enceinte a la securite de sa personne.

111 La preuve revele que les delais causes par le par. 251(4) entrainent des risques medicaux additionnels d'au moins trois grandes categories. Le risque de complications postoperatoires croit avec le delai. Ensuite, il y a le risque qu'il faille recourir a une methode d'avortement plus dangereuse a cause du delai. Enfin, comme la femme enceinte sait que sa vie ou sa sante est en danger, le delai engendre par la procedure du par. 251(4) est susceptible de causer un traumatisme psychologique additionnel. Je vais expliquer chacun de ces risques supplementaires l'un apres l'autre.

112 Le Juge en chef a expose les differentes techniques employees pour pratiquer des avortements aux differents stades de la grossesse et a souligne le risque grandissant lie a chaque methode, au fur et a mesure que la grossesse avance. Comme il l'a aussi note, la preuve soumise demontrait que, a l'interieur des periodes qui s'appliquent a chaque methode d'avortement, plus l'avortement etait pratique tot, moins il y avait de risques de complications. Les elements de preuve produits en premiere instance confirment les constatations du rapport Badgley, aux pp. 343 et suiv., et du rapport Powell, a la p. 23, que plus l'avortement est pratique tot, moins il y a de chances qu'une femme eprouve des complications postoperatoires, quelle que soit la technique utilisee. L'intimee reconnait cela, mais cite le faible taux de complications qui existe partout au Canada, et le taux negligeable de mortalite rapporte depuis 1974 comme preuve que l'avortement selon le systeme actuel est tres sur. D'apres Avortements therapeutiques, 1985 , precite, a la p. 20, aucune Canadienne n'est morte des suites d'un avortement therapeutique depuis 1979. Un tel deces a eu lieu en 1974 et un autre en 1979.

113 Il faut rappeler cependant que les taux de complications rapportes pour toute technique d'avortement donnee sont generalement limites a certaines complications postoperatoires somatiques et ne comprennent pas les donnees sur les complications psychologiques inherentes a ces techniques. De plus, les chiffres rapportes ne reflektent pas le traumatisme psychologique eprouve par les femmes avant l'intervention. Il en va egalement de meme pour toute complication somatique liee a la condition initialement dangereuse de la femme enceinte qui peut survenir

au cours du delai precedant l'avortement therapeutique.

114 Si faible que puisse paraitre le taux de complications postoperatoires, il croit au fur et a mesure que la grossesse avance. En d'autres termes, avec chaque semaine de grossesse qui passe, meme dans les tout premiers stades, le danger qu'un avortement represente pour la sante croit. Avortements therapeutiques, 1982 le confirment. Le taux de complications pour les avortements pratiques avant neuf semaines etait de 0,7 pour 100. Il augmentait a 1 pour 100 pour la periode comprise entre 9 et 12 semaines de grossesse. Un taux de complications de 8,5 pour 100 etait rapporte pour celle comprise entre 13 et 16 semaines de grossesse. Le taux de complications pour la periode comprise entre 17 et 20 semaines de grossesse etait encore plus eleve, soit 22 pour 100 (Avortements therapeutiques, 1982 (1984), a la p. 111). Les statistiques ontariennes publiees dans le rapport Powell confirment que des chiffres analogues s'appliquent a cette province. Les donnees pour 1976, 1981 et 1984 confirment pour l'Ontario le rapport qui existe entre les complications dues aux avortements et le stade de la grossesse. En nombres absolus, deux fois plus de complications sont rapportees dans le cas des femmes enceintes depuis 13 semaines et plus, comparativement aux femmes enceintes depuis moins de 13 semaines. Le taux, exprime en pourcentage du nombre total d'avortements therapeutiques pratiques qui ont ete rapportes ([TRADUCTION] << pour 100 avortements pratiques a ce stade de la grossesse >>), etait dix fois superieur dans le cas du groupe de femmes enceintes depuis treize semaines et plus (voir le rapport Powell, a la p. 23 et au tableau 4).

115 La procedure enoncee au par. 251(4) du Code criminel engendre souvent, comme nous l'avons vu, des delais importants dans l'obtention des avortements therapeutiques. Les delais accroissent le risque de complications postoperatoires. Le paragraphe 251(4) viole donc la securite de la personne d'une femme enceinte.

116 Comme je l'ai deja fait observer, il ressort de la preuve que les differentes techniques employees pour pratiquer des avortements au Canada, a differents stades de la grossesse, accroissent progressivement les dangers pour la femme. Le temoignage des experts etablit que la methode de l'aspiration et de la dilatation, suivies d'un curetage, utilisee dans les douze premieres semaines est la technique la plus sure. La methode de la dilatation cervicale et de l'evacuation uterine utilisee entre la treizieme et la seizieme semaines est relativement plus dangereuse. A partir de la seizieme semaine de grossesse, on peut avoir recours a la methode medicamenteuse qui est encore plus dangereuse. Cette methode comporte l'introduction de prostaglandine, d'uree ou d'une solution saline qui provoque les contractions chez la femme, qui accouche alors d'un foetus habituellement mort-ne, encore que ce ne soit pas toujours le cas. Bien que le nombre d'avortements provoques par la methode medicamenteuse ne soit que de 4,5 pour 100 du nombre total d'avortements therapeutiques pratiques au Canada, la technique de l'introduction de la solution saline, d'uree ou de prostaglandine est neanmoins employee dans 85,6 pour 100 des avortements therapeutiques des femmes enceintes depuis au moins 16 semaines (Avortements therapeutiques, 1985, precite, aux pp. 18 et 19). Il a ete demontre que le taux de complications croit dramatiquement avec le recours a la methode medicamenteuse (ibid., a la p. 50). En outre, le traumatisme psychologique resultant de la provocation des contractions et de l'accouchement d'un foetus est un facteur fort reel 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.

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

118 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 regions du pays, particulierement au Quebec, mais que, somme toute, les delais globaux ont ete reduits. En outre, les comites de l'avortement therapeutique peuvent, en general, acclerer la procedure de certification dans un cas d'urgence, particulierement lorsque, en raison du stade ou elle est rendue dans sa grossesse, une femme requiert une attention medicale immediate. Malgre cette reduction, ces delais continuent toutefois d'engendrer un risque additionnel pour la sante de ces femmes. Le risque de complications postoperatoires croit avec chaque semaine qui s'ecoule. Un risque somatique et psychologique accru est lie aux techniques d'avortement utilisees au dernier stade de la grossesse. Enfin, le delai provoque un accroissement du traumatisme psychologique. Ces delais signifient donc que l'Etat est intervenu de maniere a creer un risque additionnel pour la sante et, par consequent, cette intervention constitue une violation de la securite de la personne de la femme.

#### IV - Les principes de justice fondamentale

119 J'en viens maintenant a l'examen de la maniere dont l'art. 251 porte atteinte au droit des femmes enceintes a la securite de leur personne. L'article 7 de la Charte prevoit qu'il ne peut etre porte atteinte au droit de chacun a la securite de sa personne qu'en conformite avec les principes de justice fondamentale. Comme je vais tenter de le demontrer, le par. 251(4) n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

120 Cependant, je suis d'avis que certains elements de la procedure d'obtention d'un avortement therapeutique qui, selon l'avocat des appelants, ne peuvent etre sauvegardes par la seconde partie de l'art. 7, sont en fait conformes aux principes de justice fondamentale. La formulation du critere a l'al. 251(4)c ) et l'obligation d'obtenir une opinion medicale independante pour s'assurer qu'il est respecte ainsi que la necessite, qui en decoule, de disposer d'un certain delai pour le faire ne violent pas l'art. 7 de la Charte .

121 L'avocat des appelants a soutenu que la formulation du critere a l'al. 251(4)c ) est tellement imprecise 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 confere aux femmes enceintes, en raison des sens differents que les comites de l'avortement therapeutique peuvent donner au terme << sante >> qui figure a l'al. 251(4)c ).

122 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 feminin femme mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la sante de cette derniere >> que l'on trouve a l'al. 251(4)c ) fournit, sur le plan du droit, un critere suffisamment precis pour permettre aux comites de l'avortement therapeutique de decider quand il faut autoriser des avortements therapeutiques.

123 Comme la Cour d'appel l'a dit, precite, a la p. 388:

[TRADUCTION] Dans cette affaire [...] apres lecture de l'art. 251 et de ses exceptions, il n'y a aucune difficulte a determiner 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.

124 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 fœtus 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 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.

125 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

neanmoins que l'extrait suivant de l'opinion de la majorite, dont l'auteur est le juge Black, est instructif (a la p. 72):

[TRADUCTION] ...le sens moderne et courant du terme << sante >> [...] inclut le bien-etre psychologique autant que physique. D'ailleurs le dictionnaire Webster, en accord avec l'usage courant definit a juste titre la sante comme l'<< [e]tat de bien-etre physique [ou] mental. >> Vu sous cet angle, le terme << sante >> ne presente aucun probleme d'imprecision. En fait, la question de savoir si une intervention particuliere est necessaire pour preserver la sante physique ou mentale d'un patient est une decision que les medecins ont, de toute evidence, a prendre tous les jours, chaque fois qu'une intervention chirurgicale est envisagee.

Le critere est en outre circonscrit par les termes << mettre en danger >>. Non seulement la continuation de la grossesse doit-elle nuire a la vie ou a la sante de la femme, elle doit encore mettre en danger sa vie ou sa sante, de sorte qu'un comite qui autorise un avortement en l'absence de cet element ou qui refuse de l'autoriser alors qu'il est present, abuse de son pouvoir. Enfin, l'expression << mettrait ou mettrait probablement >> elimine toute condition que le danger pour la vie ou la sante soit certain ou immediat au moment ou le certificat est delivre.

126 La presence de la disposition disculpatoire dans le Code criminel et la formulation du critere luimeme fixent les parametres du par. 251(4). Le critere requis de menace a la vie ou a la sante doit obligatoirement etre moindre que celui qu'exige le moyen de defense de common law de la necessite, car autrement le par. 251(4) serait superflu. Par contre, on peut a bon droit conclure que le par. 251(4) doit etre interprete comme portant seulement sur des motifs therapeutiques puisque seuls des medecins qualifies ont le droit d'evaluer la menace a la vie ou a la sante.

127 Non seulement le critere exprime a l'al. 251(4)c ) est-il suffisamment precis pour permettre au comite de l'avortement therapeutique de decider quand il convient d'autoriser les avortements therapeutiques, mais encore le crime consistant a procurer un avortement est exprime avec suffisamment de clarte pour ceux qui sont assujettis a ces termes pour qu'il ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale. A cet egard, l'avocat de l'intimee fait observer a juste titre dans son argumentation ecrite que [TRADUCTION] << ...l'art. 251 ne presente aucun degre d'incertitude ou d'imprecision quant a une eventuelle responsabilite criminelle: tout inculpe saurait s'il y avait conduite interdite et si un certificat d'exemption avait ete reeu. Egalement, tout officier charge de faire respecter cet article saurait si une infraction a ete perpetree. >> L'article n'oblige pas les agents de police a definir ce qu'est << la sante >> mais, au chapitre de la justification medicale d'un avortement therapeutique, ils doivent s'assurer qu'un certificat ecrit a dument ete delivre.

128 Tout comme le critere exprime a 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 medicale independante pour qu'un avortement therapeutique soit licite constitue une violation de ces principes sous l'angle du droit des

femmes enceintes a la securite de leur personne.

129 Dans l'arret R. c. Jones, [1986] 2 R.C.S. 284 , a la p. 304, le juge La Forest explique que le legisla teur doit jouir d'une certaine latitude pour choisir le genre de structure administrative qui repondra a ses besoins, a moins que le recours a une telle structure ne soit en lui-meme << nettement injuste, compte tenu des decisions qu'elle [le legislateur ] est appelee a prendre [je souligne], au point de violer les principes de justice fondamentale >>. Une structure administrative comportant des regles inutiles, qui ont pour effet d'accroitre le danger pour la sante 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 delais inutiles qu'engendrent certaines exigences en matiere de procedure 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 legislateur en etablissant la structure administrative que l'on trouve au par. 251(4). Quoique liees aux objectifs du legislateur, d'autres regles du par. 251(4) sont nettement injustes du fait qu'elles ne sont pas necessaires pour assurer la realisation des objectifs poursuivis.

130 Comme je le souligne dans mon analyse du par. 251(4), en obligeant un comite a declarer que le critere medical est rempli pour que la sanction criminelle soit levee, le legislateur veut assurer qu'il y ait une opinion medicale eclairee, fiable et independante que la continuation de la grossesse mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la sante de la femme. Quelles que soient les faiblesses du systeme actuel, je crois que l'objectif vise par son adoption ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale. Comme je vais tenter de l'expliquer, le mecanisme actuel du Code criminel n'est pas compatible avec les principes de justice fondamentale. Cela n'empeche pas, a mon avis, le legislateur d'adopter un autre systeme, exempt des faiblesses du par. 251(4), pour verifier si la vie ou la sante de la femme enceinte est en danger, au moyen d'une opinion medicale eclairee, fiable et independante.

131 Le legislateur est justifie d'exiger une opinion medicale eclairee, fiable et independante, afin de preserver l'interet qu'a l'Etat dans la protection du foetus. C'est forcement l'objet de la regle qui exige une verification independante de l'opinion du medecin traitant que la vie ou la sante de la femme enceinte est en danger. On ne saurait dire qu'il s'agit simplement d'un mecanisme coneu pour proteger la sante de la femme enceinte. Bien que ce dernier objectif explique manifestement l'obligation pour le medecin traitant d'etre un << medecin qualifie >> et celle que l'avortement ait lieu dans un endroit sur, il ne peut expliquer la necessite de l'intervention d'un comite interne de l'hospital, compose de trois medecins, dont est exclu le medecin traitant.

132 Certes, une seconde opinion medicale est souvent consideree comme necessaire dans les milieux medicaux lorsque de difficiles questions de vie ou de sante du patient sont en cause, mais l'opinion independante qu'exige le Code criminel vise un objet different. Le legislateur exige cette opinion independante parce que ce n'est pas seulement l'interet de la femme qui est en jeu dans la decision d'autoriser un avortement. La Cour d'appel de l'Ontario fait allusion a

cela a p. 378, lorsqu'elle dit que [TRADUCTION] << [o]n ne saurait oublier que la situation du droit de la femme a 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 fœtus 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 fœtus, 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 fœtus et qu'elle ne permette qu'un avortement soit pratiqué sans qu'il y ait de sanction criminelle.

133 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.

134 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 fœtus exigerait une opinion médicale indépendante concernant le danger pour la vie ou la santé de la femme enceinte. Même en presumant, sans le décider, que le droit à l'avortement peut se fonder sur le droit à la << liberté >>, il y 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 a ceux qui sont necessaires pour des motifs therapeutiques et donc d'exiger une opinion independante concernant l'exception pour cause de sante. La jurisprudence est fort partagee sur la question de l'interet qu'a l'Etat dans la protection du foetus face au droit de la femme enceinte a la liberte. Le juge Wilson, par exemple, dans l'analyse qu'elle fait en l'espece de l'article premier de la Charte , souligne ceci (a la p. 183):

Quant au point precis du developpement du foetus ou l'interet qu'a l'Etat de le proteger devient "superieur", je laisse le soin de le fixer au jugement eclaire du legislature, qui est en mesure de recevoir des avis a 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 ou l'interet de l'Etat devient superieur peut etre compare a celui exprime en dissidence par le juge O'Connor de la Cour supreme des Etats-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'arret *Roe* [*Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)]. la Cour a juge que si l'Etat avait un interet important et legitime a proteger la vie potentielle, cet interet ne pouvait devenir superieur qu'au moment ou le foetus devenait viable. La difficulte que pose ce genre d'analyse est claire: la vie potentielle n'est pas moins potentielle au cours des premieres semaines de grossesse qu'elle ne l'est au point de viabilite ou ulterieurement. A tout stade de la grossesse, il y a une vie humaine en puissance. Bien qu'elle ait refuse de << resoudre la difficile question du moment ou la vie commence >>, id. , a la p. 159, la Cour a choisi le point de viabilite, c'est-a-dire lorsque le foetus est capable de vivre independamment de sa mere, pour interdire completement l'avortement. Le choix de la viabilite comme point ou l'interet de l'Etat dans la vie potentielle devient superieur n'est pas moins arbitraire que le choix de tout autre point avant la viabilite ou de tout autre point ulterieur. Par consequent, je crois que l'interet qu'a l'Etat a proteger la vie humaine potentielle existe tout au long de la grossesse.

Comme je l'ai indique au debut de mes motifs, il est neanmoins possible de resoudre le pourvoi sans tenter de delimitier le droit a << la liberte >> de l'art. 7 de la Charte . La violation du droit a << la securite de la personne >> et les principes pertinents de justice fondamentale sont suffisants pour invalider l'art. 251 du Code criminel .

135 Un certain delai est inevitable pour tout systeme qui pretend limiter a des raisons therapeutiques les motifs qui permettent de pratiquer un avortement licitement. Tout mecanisme legal qui vise a obtenir une confirmation independante de l'etat de sante de la femme ou du danger pour sa vie, adopte conformement a l'objectif d'assurer la protection du foetus, engendre inevitablement un delai superieur a tout autre delai auquel on pourrait avoir a se plier si une opinion independante n'etait pas exigee. En outre, les regles qui visent a assurer des avortements sans danger et qui sont coneues pour la protection de la femme enceinte sont elles aussi, inevitablement, sources d'un certain delai. C'est uniquement dans la mesure ou la structure administrative cree des delais 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 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, entre parenthèses, qu'il ne suffit pas de soutenir que la structure fonctionnerait équitablement n'étaient-ce les demandes de femmes inadmissibles au regard du critère de l'al. 251(4)c). Une structure équitable mise en place pour départager les 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.

136 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 que les avortements thérapeutiques soient pratiqués dans des hôpitaux accrédités ou approuvés, comptant au moins quatre médecins, et que l'absence de tels hôpitaux dans bien des régions du Canada est souvent à la source de délais pour les femmes qui veulent être traitées. Comme je l'ai noté précédemment, cette exigence a manifestement 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'à 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.

137 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.

138 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 avortements 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.]

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

140 Dans le rapport Powell, plusieurs recommandations portent sur les options envisageables en matière de service 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 surcharge des salles d'operation, pour pratiquer les interruptions de grossesse. Dans la plupart des hopitaux, les avortements ne sont pas consideres comme une priorite sur leur liste. Les gynecologues doivent caser les avortements a l'interieur du temps de salle d'operation qui leur est alloue. Bien que les avortements puissent etre pratiques dans des salles d'interventions mineures, sans risque pour la patiente, il s'agit bien la d'une pratique inhabituelle.

141 L'existence de lois dans d'autres pays autorisant la pratique de certains avortements a l'exterieur de l'hopital est particulierement revelatrice de la surete de l'intervention dans ces circonstances et de la necessite de prevoir d'autres moyens etant donne les ressources limitees des hopitaux. Dans le rapport Powell, on fait observer, a la p. 21, que:

[TRADUCTION] Dans de nombreux pays europeens, y compris les Pays-Bas, la Pologne et l'Allemagne de l'Ouest, approximativement la moitie des avortements sont pratiques ailleurs que dans des etablissements hospitaliers. En France, en 1982, 53 pour 100 des avortements ont ete pratiques dans 90 << centres d'interruption volontaire de grossesse >> administres par les hopitaux, mais constituant en pratique des cliniques d'avortement distinctes. Le gouvernement franeais a ordonne que tous les hopitaux publics qui ne pouvaient repondre a la demande d'avortements offrent de telles cliniques.

142 L'experience americaine est particulierement saisissante au sujet de la regle de l'avortement a l'hopital. Le rapport Powell a souligne que 82 pour 100 des avortements pratiques aux Etats-Unis en 1982 l'avaient ete en dehors du milieu hospitalier (a la p. 22). Les experts ont confirme cette constatation en premiere instance. Le Dr Christopher Tietze, un expert reconnu en matiere d'avortements, a explique en premiere instance qu'en 1981 toutes les cliniques d'avortements a l'exterieur des hopitaux, aux Etats-Unis, avaient pratique des avortements jusqu'au stade de dix semaines de grossesse, 90 pour 100 des cliniques en avaient pratique jusqu'au stade de 12 semaines, 50 pour 100 jusqu'au stade de 14 semaines et 20 pour 100 acceptaient des patientes jusqu'a 16 semaines. Quoique le fondement juridique en vertu duquel les femmes revendiquent un droit constitutionnel a l'avortement differe aux Etats-Unis de celui que je constate en l'espece, l'experience americaine concernant l'inopportunitie d'une obligation universelle de pratiquer l'avortement a l'hopital demeure pertinente.

143 Le rapport Powell a propose un certain nombre de solutions de rechange a la regle de l'hopital applicable aux avortements therapeutiques. Chaque proposition est conee de faeon a [TRADUCTION] << relever de la competence d'un conseil d'hopital ou de plusieurs conseils d'hopitaux, avec approbation des avortements par le biais des comites de l'avortement therapeutique de l'hopital >> (a la p. 37). L'une de ces propositions est d'etablir des cliniques generales de sante pour les femmes qui offriraient des avortements du premier trimestre et l'assistance postavortement, et renverraient aux hopitaux pour les avortements du second trimestre. Des centres regionaux de clinique d'avortements therapeutiques affilies a un hopital, sans necessairement y etre localises, sont aussi proposes dans le rapport, qui souligne egalement que les avortements ambulatoires du premier trimestre sont les plus appropries en dehors du cadre hospitalier.

144 Le comite Badgley a fait lui aussi une serie de propositions conees pour reduire le nombre et le genre de complications liees aux avortements therapeutiques. Il a propose notamment le "regroupement de la pratique des avortements dans des services specialises munis de tout l'equipement et de toutes les installations necessaires et dotes d'un personnel medical et infirmier experimente et ayant reeu une formation speciale a cet egard", a la p. 358.

145 Quelle que soit la solution adoptee, il est clair que l'obligation de pratiquer l'avortement dans un hopital n'est pas justifiee dans tous les cas. Si la protection de la sante de la femme est l'objectif vise par la regle de l'hopital, l'exigence que tous les avortements therapeutiques soient pratiques dans des hopitaux admissibles n'est pas necessaire pour l'atteindre dans tous les cas. En ce sens, la regle est nettement injuste et viole les principes de justice fondamentale. Je sais que la nature precise de la solution administrative peut se trouver compliquee par le partage constitutionnel des competences 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 hopitaux, par exemple, bien que les provinces conservent le pouvoir d'etablir ces hopitaux en vertu du par. 92(7) de la Loi constitutionnelle de 1867 . D'autre part, si le Parlement decidait d'autoriser de pratiquer des avortements therapeutiques dans des cliniques autorisees par une province, il se peut que le Parlement et les provinces soient amenes a collaborer a la mise en oeuvre du plan.

146 Une objection peut egalement etre soulevee a l'egard de l'obligation que le comite provienne de l'hopital accredite ou approuve ou l'avortement doit etre pratique. 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 ete adopte. On ne peut pas dire qu'elle a ete adoptee pour promouvoir la securite des avortements therapeutiques ni celle de la femme enceinte. La regle n'est pas non plus conee pour preserver l'interet qu'a l'Etat dans le fœtus. L'integrite de l'opinion medicale independante n'est pas mieux garantie par un comite interne de l'hopital que par un comite externe, a la condition que le medecin traitant demeure exclu dans les deux cas comme element de la participation appropriee de l'Etat au choix de la procedure necessaire pour assurer l'obtention d'une opinion independante.

147 Dans un document recent inedit, intitule La reforme en matiere d'avortement: les solutions possibles (1986), a la p. 74, le groupe de travail sur le statut juridique du fœtus, section de recherche sur la protection de la vie (Edward W. Keyser link, directeur), Commission de reforme du droit du Canada, confirme l'opinion qu'il n'est pas necessaire d'exiger que les comites de l'avortement soient limites aux hopitaux:

Les lenteurs du systeme actuel et les inegalites d'accès sont en partie imputables au fait que les comites ne peuvent etre etablis que dans des hopitaux. Or, il ne semble exister, sur le plan medical, aucune raison contraignante pour empecher de constituer un comite dans une clinique qui dispose du materiel et des permis necessaires.

148 Le groupe de travail de la Commission de reforme du droit souleve la possibilite d'avoir des comites d'avortement regionaux pour remplacer la regle actuelle (precitee, a la p. 76). Les propositions du rapport Powell comportent un modele selon lequel un comite central de l'avortement therapeutique desservirait plusieurs hopitaux (precite, a la p. 38).

149 Quelle que soit la solution finalement retenue, il est clair que l'obligation que le comite de l'avortement therapeutique provienne de l'hopital ou l'avortement sera pratique ne sert aucune fin veritable. Le risque resultant du delai engendre par le par. 251(4) a cet egard est inutile. Par consequent, cette exigence viole les principes de justice fondamentale.

150 D'autres aspects de l'obligation d'avoir un comite, imposee par le par. 251(4), ajoutent a l'inequite manifeste de la structure administrative. Ils comportent des exigences qui, au mieux, n'ont qu'un rapport tenu avec l'objectif d'obtenir une confirmation independante que le critere de l'al. 251(4)c ) a ete respecte et qui n'apportent aucune contribution utile a la realisation de cet objectif. Les conseils d'hopitaux ont le droit de nommer des comites formes de trois medecins qualifies ou plus. Comme je l'ai deja fait observer, si l'on nomme plus de trois membres, un temps precieux peut etre 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 comite necessaire pour avoir une appreciation independante de l'etat de sante de la femme ou du danger pour sa vie, il faudrait s'en tenir a un nombre minimum afin d'eviter les delais inutiles qui, comme je l'ai explique, accroissent les risques pour les femmes. Autoriser un conseil a augmenter le nombre de ses membres au-dessus du minimum legal de trois n'ajoute rien a l'integrite de l'opinion independante. Cet aspect de la regle actuelle n'est pas necessaire et, comme il peut en resulter des risques accrus, il viole les principes de justice fondamentale.

151 De meme, l'exclusion au sein de ces comites de tous les medecins qui pratiquent des avortements therapeutiques est exorbitante. Cette regle a sans doute ete incluse dans le par. 251(4) pour favoriser le caractere independant de l'appréciation du critere par les comites de l'avortement therapeutique. Comme je l'ai dit, l'exclusion du medecin traitant, bien qu'elle s'ecarte de la pratique medicale habituelle, est appropriee dans un contexte criminel pour assurer une opinion independante sur le danger pour la vie ou la sante de la patiente du medecin. L'exclusion au sein des comites de tous les medecins qui pratiquent des avortements therapeutiques, meme 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 soupconner qu'un medecin qui n'a aucun lien avec la patiente est partial simplement parce que, dans le cours de son exercice de la medecine, il pratique des avortements licites . De plus, les medecins qui pratiquent des avortements therapeutiques possedent des competences utiles qui peuvent accroitre la precision et l'integrite de l'opinion independante elle-meme. Un certain controle de l'Etat s'impose si l'on veut assurer le caractere independant de l'opinion. Toutefois, la regle dans son etat actuel est excessive et susceptible d'accroitre le risque de delai du fait que moins de medecins sont admissibles a sieger a ces comites.

152 L'analyse qui precede 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 systeme actuel. Elle demontre neanmoins que la structure administrative mise en place par le legislateur federal comporte suffisamment de lacunes pour que le par. 251(4), pris dans son ensemble, viole les principes de justice fondamentale. Ces lacunes resultent de regles qui ne sont pas necessaires pour atteindre les objectifs pour lesquels le par. 251(4) a ete edicte. Ces regles inutiles, du fait qu'elles imposent des delais qui entrainent un risque additionnel pour la sante des femmes, sont nettement injustes.

#### V - L'article premier de la Charte

153 Je partage l'avis qu'on peut avoir recours a l'article premier de la Charte pour sauvegarder une disposition legislative qui enfreint l'art. 7 de la maniere dont l'art. 251 du Code criminel viole celui-ci en l'espece. L'article premier porte:

1 . La Charte canadienne des droits et libertes garantit les droits et libertes qui y sont enonces. Ils ne peuvent etre restreints que par une regle de droit dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se demontrer dans le cadre d'une societe libre et democratique.

154 Le Juge en chef fournit, dans l'arret 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 meme article en l'espece. Ceux qui veulent soutenir la validite de l'art. 251 du Code criminel doivent demontrer ce qui suit:

(1) l'objectif que l'art. 251 vise a servir doit << se rapporte[r] a des preoccupations urgentes et reelles >>; et

(2) << des qu'il est reconnu qu'un objectif est suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier doit alors demontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se demontrer. Cela necessite l'application d'<< une sorte de critere de proportionnalite >> >>.

155 Je vais examiner chacun de ces deux criteres auxquels il faut satisfaire pour que la restriction du droit confere par l'art. 7 soit jugee raisonnable.

(1) L'objectif de l'art. 251

156 Je souscris a la facon dont le juge Wilson qualifie l'art. 251, a la p. 181:

A mon avis, il faut voir dans l'objectif premier de la loi contestee la protection du foetus. Elle a sans doute d'autres objectifs secondaires, telle la protection de la vie et de la sante de la femme enceinte, mais je crois que l'objectif principal invoque pour justifier la restriction du droit de la femme enceinte garanti par l'art. 7 est la protection du foetus.

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

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

159 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 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.

160 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.

161 La protection du fœtus à titre d'objectif de l'art. 251 se

rapporte-t-elle a des preoccupations urgentes et reelles dans une societe libre et democratique? La reponse au premier volet du critere de l'arret Oakes est affirmative. Je suis d'avis que la protection du foetus est et, comme l'a fait observer la Cour d'appel, a toujours ete un objectif valide du droit criminel canadien. J'ai deja examine en detail 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'interet qu'a l'Etat dans la protection du foetus.

## (2) Le critere de proportionnalite

162 J'en viens maintenant au second critere de l'arret Oakes . Le ministere public doit demontrer que les moyens choisis a l'art. 251 sont raisonnables et que leur justification peut se demontrer. Dans l'arret Oakes , precite, a la p. 139, le Juge en chef expose les trois composantes du critere de la proportionnalite:

Premierement, les mesures adoptees doivent etre soigneusement conuees pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent etre ni arbitraires, ni inequitables, ni fondees sur des considerations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxiemement, meme a supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit etre de nature a porter << le moins possible >> atteinte au droit ou a la liberte en question: R. c. Big M Drug Mart Ltd. , [...] a la p. 352. Troisiemement, il doit y avoir proportionnalite entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberte garantis par la Charte et l'objectif reconnu comme << suffisamment important >>.

163 Pour les fins de la premiere composante de la proportionnalite, j'ai fait observer, dans mon analyse du par. 251(4) et des principes de justice fondamentale, qu'il etait necessaire d'expliquer mon opinion que certaines des regles regissant la possibilite d'obtenir un avortement therapeutique, sans menace de repression penale, ne sont pas necessaires pour atteindre les objectifs pour lesquels l'art. 251 a ete conue. On ne saurait dire d'une regle qui n'est pas necessaire pour atteindre les objectifs du legislateur qu'elle a un << lien rationnel >> avec ceux-ci ni qu'elle a ete << soigneusement conuee pour atteindre l'objectif en question >>. De plus, non seulement certaines des regles de l'art. 251 ne sont-elles pas necessaires a l'objectif premier, soit la protection du foetus, et a l'objectif secondaire, soit la protection de la vie ou de la sante de la femme enceinte, mais encore elles ont pour effet pratique de miner la sante de la femme que le legislateur pretend considerer si importante. Par consequent, l'art. 251 ne satisfait pas au critere de proportionnalite de l'arret Oakes .

164 L'article 251 ne saurait etre sauvegarde par le simple retranchement des parties fautives du par. 251(4). La regle actuellement exprimee a l'art. 251, qui traduit a la fois les objectifs principaux et secondaires du legislateur, ne saurait subsister sans l'exception du par. 251(4). La violation de la securite de la personne des femmes enceintes serait plus grande, et non moindre, si le par. 251(4) devait etre retranche, laissant tels quels dans le Code criminel les autres paragraphes de l'art. 251.

165 Etant 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 fœtus. Ainsi, je n'ai pas à répondre à 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.

166 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.

167 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.

168 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-Meridionale et Victoria, parmi d'autres ressorts du Commonwealth, incluent le risque pour la vie ou la sante physique et mentale de la femme enceinte comme motifs legaux d'avortement. Le ministere public et le procureur general du Canada, dans leurs dossiers de sources legislative, jurisprudentielle et doctrinale, citent des lois de ces ressorts notamment, qui indiquent qu'un danger pour la vie ou la sante de la femme enceinte l'emporte sur l'interet qu'a l'Etat 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-Meridionale, Criminal Law Consolidation Act , 1935-1975, sous-al. 82a(1)a )(i ); Republique federale de l'Allemagne, Criminal Code , modifiee par la Fifteenth Criminal Law Amendment Act (1976), al. 218a(1); Israel, Penal Law , 5737-1977 (modifiee), al. 316a )(4); Nouvelle-Zelande, Crimes Act 1961 , modifiee par la Crimes Amendment Act 1977 et la Crimes Amendment Act 1978 , al. 187A(1)a) et France, Code penal , art. 317 et Code de la sante publique , art. 162-1 et 162-12. Cela corrobore le point de vue selon lequel la decision du legislateur canadien que la vie ou la sante de la femme a preesance sur l'interet qu'a l'Etat dans la protection du foetus est conforme a l'article premier de la Charte .

169 Je souligne que les lois de certains de ces ressorts etrangers exigent, a la difference de l'art. 251 du Code criminel , que la sante soit plus gravement menacee dans les derniers mois de la grossesse que dans les premiers pour que l'avortement soit legal. Si une telle regle etait adoptee au Canada, constituerait-elle une limite raisonnable du droit a la securite 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 critere requis pour qu'un avortement soit licite ne varie pas selon le stade de la grossesse, cette Cour n'est pas obligee d'examiner cette question aux termes de l'article premier de la Charte . Il est possible que le legislateur puisse adopter a l'avenir une modification dans la veine des lois adoptees par ces ressorts qui creerait une proportionnalite acceptable aux termes de l'article premier. Toutefois, comme je l'ai dit, je suis d'avis que l'objectif de la protection du foetus ne justifierait pas l'exclusion totale des dispositions disculpatoires du Code criminel .

170 Enfin, je tiens a souligner qu'on ne nous a pas demande, pas plus qu'il n'est necessaire de le faire, etant donne ma propre conclusion que l'art. 251 comporte des regles qui ne sont pas necessaires pour la protection du foetus, de decider si ce dernier est inclus dans le terme << chacun >> de l'art. 7, de maniere a etre titulaire du droit << a la vie, a la liberte et la securite de sa personne >> au sens de la Charte .

## VI - Les autres moyens d'appel

171 L'avocat des appelants a souleve plusieurs autres moyens d'appel devant nous. Le seul autre argument relatif a la Charte , a part celui concernant l'art. 7, que l'on doit examiner est celui qui a trait a l'invalidite de l'al. 605(1)a ) du Code criminel . Si le ministere public n'avait aucun droit d'appel, les appelants auraient necessairement gain de cause pour ce seul motif et nous serions tenus de casser la decision de la Cour d'appel. Quoique je ne sois pas oblige de repondre aux autres arguments pour trancher ce pourvoi vu mes reponses a la

premiere et a la deuxieme questions constitutionnelles, je crois qu'il est justifie de resoudre les questions qui ne mettent pas la Charte en cause.

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

172 Comme le juge McIntyre et la Cour d'appel, je suis d'avis que l'allegation que l'art. 251 excede les pouvoirs du Parlement n'est pas fondee. Dans l'arret Morgentaler (1975 ), precite, cette Cour a decide a l'unaninite que l'art. 251 n'etait pas un texte legislatif provincial deguise relatif a la sante, mais qu'il constituait un exercice valide du pouvoir du Parlement en matiere de droit criminel conformement au par. 91(27) de la Loi constitutionnelle de 1867 . Je suis d'accord. De fait, comme je l'ai decide, on ne peut pas considerer l'art. 251 comme etant simplement un mecanisme visant la protection de la vie ou de la sante 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 a proteger l'interet qu'a l'Etat dans le foetus. Le Parlement a cree l'infraction criminelle de procurer un avortement comme le definissent les par. 251(1) et (2), conformement a cet objectif premier. Je considere qu'il s'agit d'un exercice valide du pouvoir en matiere de droit criminel.

L'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867

173 Comme le juge McIntyre, je suis d'avis que l'art. 251 ne donne pas aux comites de l'avortement therapeutique les pouvoirs judiciaires que les cours de comte, de district et superieures exereaient au moment de la Confederation. Comme je l'ai souligne, a l'art. 251(4), le Parlement a seulement donne au comite le pouvoir de prendre une decision medicale relativement a la vie ou a la sante de la femme enceinte. Les medecins portent un jugement medical sur une question medicale et n'exercent aucune fonction judiciaire au sens de l'art. 96. Cet argument est mal fonde.

Delegation illegale du pouvoir en matiere de droit criminel ou renonciation a ce pouvoir

174 Pour les motifs donnes par le juge McIntyre, je suis d'avis que l'art. 251 ne constitue pas une delegation illegale d'un pouvoir legislatif federal et ne represente pas non plus une renonciation du Parlement au pouvoir en matiere de droit criminel.

L'alea 605(1)a) du Code criminel

175 Pour les motifs exposes par le juge McIntyre, je suis d'avis que cet argument est mal fonde.

Le paragraphe 610(3) du Code criminel

176 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 a un acte criminel, va a 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 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.

177

.....

178 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, Me 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.

179 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 jure 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

180 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 ?

### Reponse :

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 ?

Reponse :

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?

Reponse :

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 ?

Reponse :

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?

Reponse :

Non.

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 ), 11 f ), 11h ) et le par. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés ?

Reponse :

En ce qui concerne l'art. 605, la reponse est non. Independamment de savoir si le par. 610(3) du Code criminel viole un droit confere par la Charte , j'estime, tout comme la Cour d'appel, que quel que soit le pouvoir de cette Cour d'accorder des depens dans des pourvois comme celui-ci, aucuns depens ne devrait etre accorde en l'espece.

7. Question :

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

Reponse :

Vu la reponse a la question 6, aucune reponse n'a a etre donnee a cette question-ci.

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

Version franeaise des motifs des juges McIntyre et La Forest rendus par Le juge McIntyre (dissident):

181 J'ai lu les motifs de jugement rediges par mes collegues 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 libertes . Pour ce qui est de certaines autres questions soulevees par les appelants, j'y viendrai plus loin. Le Juge en chef a enonce les questions constitutionnelles ainsi que les dispositions legislatives pertinentes et il a presente un expose des faits et des procedures. Il a examine la portee de l'art. 7 de la Charte et, apres avoir conclu qu'il avait ete enfreint, il s'est dit d'avis d'accueillir le pourvoi. Pour ma part, je ne puis accepter ni ses motifs ni sa faeon de trancher le pourvoi. Je souscris d'une maniere generale aux motifs de la Cour d'appel et, pour cette raison et pour d'autres que j'essayerai d'exposer, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

L'article 251 du Code criminel

182 Je dirais au depart qu'on pourrait penser que le present pourvoi ne souleve pas les questions liees a la Charte sur lesquelles ont porte les debats et que mes collegues ont traitees dans leurs motifs de jugement. Il s'agit, en l'espece, d'une accusation de complot en vue d'enfreindre les dispositions de l'art. 251 du Code criminel . Il ne fait pas de doute et on n'a jamais nie que les

appelants ont adopte une ligne de conduite qui allait nettement a l'encontre des dispositions du Code , et on voit mal en quoi ils ont pu subir une atteinte aux droits dont ils jouissent en vertu de l'art. 7 de la Charte . Il n'est nullement question ici d'une personne du sexe feminin qui s'est vu refuser l'avortement therapeutique et, par consequent, toute l'argumentation relative au droit a la securite de la personne garanti par l'art. 7 de la Charte repose sur une hypothese. C'est toutefois sur ce fondement que toutes les parties ont plaide et la Cour a accepte cette facon de proceder.

183 Les paragraphes 251(1) et (2) du Code criminel disposent que quiconque emploie quelque moyen pour procurer l'avortement d'une personne du sexe feminin se rend coupable d'un acte criminel et prescrivent sur declaration de culpabilite une peine maximale de deux ans d'emprisonnement dans le cas de la femme elle-meme et une peine maximale d'emprisonnement a perpetuite dans le cas de toute autre personne. Le Parlement a decrete que pratiquer un avortement non therapeutique constitue un crime qui merite d'etre puni severement. Aux termes du par. (4), les par. (1) et (2) ne s'appliquent pas lorsqu'un avortement est pratique en conformite avec les al. (4a ), b ), c ) et d ). Suivant ces alineas, un medecin qualifie peut pratiquer un avortement, et une femme enceinte peut permettre qu'on la fasse avorter, dans un hopital accredite ou approuve dont le comite de l'avortement therapeutique (expression definie au par. (6)) a delivre un certificat attestant qu'a son avis la continuation de la grossesse de cette personne du sexe feminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la sante de cette derniere. Ce certificat ne peut etre remis a un medecin qualifie qu'une fois que le comite, par decision de la majorite de ses membres et lors d'une reunion au cours de laquelle le cas de la femme a ete examine, a autorise la delivrance du certificat. Le paragraphe (5) habilite le ministre de la Sante d'une province a requerir un comite de l'avortement therapeutique de lui fournir des copies des certificats delivres par le comite ainsi que les autres renseignements qu'il peut exiger relativement a la delivrance du certificat. Le meme paragraphe investit ce ministre du pouvoir d'exiger que le medecin qui a pratique un avortement lui fournisse des renseignements similaires. Le paragraphe (6) est consacre a des definitions. Or, il ressort clairement de ce qui precede que l'avortement est interdit, mais que le par. (4) prevoit des exceptions en vertu desquelles l'avortement est permis dans certaines circonstances limitees. On ne saurait affirmer que l'art. 251 du Code criminel confere un droit general de subir ou de procurer un avortement. Au contraire, la disposition vise a proteger les interets de l'enfant qui n'est pas encore ne et ne leve la sanction criminelle que si l'avortement s'impose pour proteger la vie ou la sante de la mere.

184 En examinant la question de la constitutionnalite de l'art. 251 du Code criminel , il est d'abord necessaire de saisir le contexte dans lequel le present litige a pris naissance ainsi que quelques-uns des problemes qu'il pose. L'article 251 du Code a ete taxe de mal coneu et d'insuffisant par certains dans le debat sur l'avortement, alors que d'autres, qui se situent a l'extreme oppose, l'ont qualifie d'immoral et d'inacceptable. D'aucuns, comme c'est le cas des appelants, pretendent en invoquant la morale et l'ethique qu'il y a une solution simple au probleme: << le droit des femmes d'etre maitresse de leur propre corps >> commande l'abrogation de l'art. 251 en faveur du principe de << l'avortement libre >>. S'opposent a cette these ceux qui affirment, tout aussi energiquement et egalement

pour des raisons d'ordre moral et d'éthique, que la solution est claire et simple: << le droit à la vie qu'à l'enfant qui n'est pas encore né >> exige l'abrogation des par. 251(4), (5), (6) et (7) de sorte que l'avortement soit frappé d'une interdiction totale. De chaque côté, on maintient fermement sa position et on n'admet aucun compromis. Cependant, l'argument avancé par le procureur général du Canada (au paragraphe 6 de son mémoire) peut porter à croire que la majorité des Canadiens ne considèrent pas que la question est aussi claire et nette. Le paragraphe 6 est ainsi conçu:

[TRADUCTION] Les sondages d'opinion révèlent qu'il y a eu au cours des années et pour les différents groupes cibles une constance surprenante dans la gamme des opinions exprimées sur la question de l'avortement. D'une part, environ 21 % à 23 % des gens estiment qu'il appartient uniquement à la femme enceinte de décider si elle se fera avorter et que toute loi dans ce domaine représente une atteinte injustifiée au droit de la femme de disposer, comme elle l'entend, de son propre corps, alors que, d'autre part, à peu près 19 % à 20 % jugent que détruire un fœtus vivant c'est enlever la vie à un être humain et ainsi commettre un meurtre. Le reste de la population (environ 60 %) est d'avis que l'avortement devrait être interdit dans certaines circonstances.

Le législateur n'a retenu ni l'un ni l'autre de ces points de vue extrêmes. Il a plutôt tenté d'équilibrer les intérêts de l'enfant qui n'est pas encore né et ceux opposés de la femme enceinte. Du moment que sont respectées les dispositions du par. 251(4), l'avortement peut être accompli sans que cela n'entraîne de sanction légale. Dans l'hypothèse contraire, l'avortement est considéré comme un acte socialement reprehensible, réprimé comme un crime. Dans l'arrêt *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, [ci-après l'arrêt *Morgentaler* (1975)] le juge en chef Laskin (dissident, mais non sur ce point) affirme, à la p. 627:

Ce qui est évident à la lecture de la partie de l'art. 251 qui porte interdiction, c'est que le Parlement, exerçant son jugement, a décrété que l'intervention d'une autre personne, voire de la mère elle-même, dans le cours ordinaire de la conception constitue une conduite socialement indésirable et passible de sanctions. C'est là un jugement que le Parlement pouvait porter dans l'exercice de son pouvoir législatif plénier en matière criminelle, et le fait qu'il puisse exister des moyens sûrs d'interrompre une grossesse ou qu'une ou plusieurs femmes prétendent à un droit individuel de poser ce geste, n'est aucunement pertinent. Je n'ai pas besoin de citer de précédents pour affirmer que le Parlement peut déterminer ce qui n'est pas criminel aussi bien que ce qui l'est, et qu'il peut par conséquent introduire dans ses lois pénales des dispenses ou des immunités.

L'opinion du législateur portant que l'avortement constitue, de par sa nature même, une << conduite socialement indésirable >> ou reprehensible n'a rien de nouveau. La politique du législateur, énoncée à l'art. 251 du Code, concorde avec celle qui a régi le droit criminel canadien depuis la Confédération et même avant: voir les motifs du juge Dickson (alors juge puîné) dans l'arrêt *Morgentaler* (1975), précité, à la p. 672, ainsi que ceux de la Cour d'appel de l'Ontario dans la présente affaire, (1985), 52 O.R. (2d) 353, aux pp. 364 à 366. C'est dans ce contexte que j'aborde la question du contrôle judiciaire en fonction de la Charte

## Portee du controle judiciaire fonde sur la Charte

185 Avant l'adoption de la Charte, il n'était guère question des limites du contrôle judiciaire du droit criminel. A toutes fins pratiques, ce contrôle consistait uniquement à déterminer si le texte attaqué portait sur un sujet pouvant relever de la compétence en matière de droit criminel que conférerait le par. 91(27) de la Loi constitutionnelle de 1867. Personne ne doutait que le Parlement était autorisé à décider ce qui constituait et ce qui ne constituait pas une conduite criminelle et à réprimer cette conduite au moyen de sanctions pénales, quoique, à partir de 1960, toute loi pouvait faire l'objet d'un contrôle en vertu de la Déclaration canadienne des droits : voir l'arrêt *Morgentaler* (1975), précité. Or, un changement important a résulté de l'adoption de la Charte. Le pouvoir d'exercer un contrôle judiciaire sur des mesures législatives a pris de l'envergure mais, à mon avis, sa portée n'en demeure pas moins restreinte et elle devrait soigneusement être limitée à celle prescrite par la Charte. Je sais très bien qu'on ne s'entendra pas sur ce que prescrit la Charte et il va sans dire qu'il faudra une certaine mesure d'interprétation pour conférer substance et réalité à ses dispositions. Les tribunaux ne doivent pas cependant, sous prétexte d'interpréter, supposer l'existence de droits et de libertés qui ne reposent pas de manière solide et raisonnablement identifiable sur la Charte. Le Juge en chef évoque ce problème dans ses motifs de jugement, où il dit, aux pp. 45 et 46:

Au cours des plaidoiries devant nous, le substitut du procureur général a rappelé à plusieurs reprises que le pouvoir judiciaire au Canada n'a pas comme rôle d'évaluer la sagesse des lois édictées par nos députés élus démocratiquement, ni de réinterpréter les choix difficiles de politique auxquels tous les gouvernements sont confrontés. Dans l'arrêt *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, à la p. 671, (ci-après l'arrêt «*Morgentaler* (1975)») j'ai souligné que la Cour «*n'est pas appelée à trancher, ni même à aborder, le débat public animé et constant sur l'avortement*». Onze ans plus tard, la controverse fait toujours rage et il est tout aussi vrai que la Cour ne saurait prétendre concilier toutes les alléguations contradictoires avancées dans le vigoureux et sain débat public ainsi suscité. Tant les tribunaux que les législateurs, dans d'autres sociétés démocratiques, sont arrivés à des décisions entièrement contradictoires lorsqu'il leur a été demandé de soupeser les valeurs que la question de l'avortement oppose. Voir, p. ex., l'arrêt *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); l'arrêt *Paton c. Royaume-Uni* (1980), 3 E.H.R.R. (Cour européenne des droits de l'homme); *The Abortion Decision of the Federal Constitutional Court - First Senate - of the Federal Republic of Germany*, 25 février 1975, traduit en anglais et réédité dans (1976), 9 *John Marshall J. Prac. and Proc.* 605; et *l'Abortion Act, 1967*, 1967, chap. 87 (R.-U.)

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

Les valeurs que nous devons accepter aux fins du pourvoi sont celles qu'a proclamées le Parlement, qui s'en tient à l'opinion que le désir d'une femme

d'être soulagée de sa grossesse ne justifie pas en soi l'avortement.

Quoiqu'on puisse toujours sans aucun doute affirmer que les tribunaux ne sont pas le lieu où doivent s'élaborer les politiques générales complexes et controversées, les tribunaux canadiens se voient néanmoins confier aujourd'hui l'obligation cruciale de veiller à ce que les initiatives législatives de notre Parlement et de nos législatures se conforment aux valeurs démocratiques qu'exprime la Charte canadienne des droits et libertés [...] C'est en ce dernier sens que le présent pourvoi diffère de celui dont nous étions saisis voici une décennie.

Bien que je ne partage pas l'avis du Juge en chef quant à la façon de trancher le pourvoi, je souscris à ce qu'il affirme, dans le passage qui vient d'être cité, concernant le rôle de cette Cour. Je prétends cependant qu'en veillant « à ce que les initiatives législatives de notre Parlement et de nos législatures se conforment aux valeurs démocratiques qu'exprime la Charte canadienne des droits et libertés », les tribunaux doivent s'en tenir aux valeurs démocratiques qui sont clairement énoncées dans la Charte et s'abstenir d'imposer ou de créer d'autres valeurs qui ne s'y trouvent pas.

186 Il s'ensuit donc, selon moi, que notre tâche en l'espèce consiste non pas à résoudre ni à tenter de résoudre ce qu'on pourrait appeler la question de l'avortement, mais simplement à examiner le contenu de l'art. 251 en fonction de la Charte. Quoique cela puisse paraître évident en soi, la distinction revêt une importance capitale. Si une interprétation particulière n'est pas appuyée, expressément ou implicitement, par la Charte, la Cour est alors impuissante à prêter à cette interprétation un caractère constitutionnel. Il n'appartient nullement à la Cour de substituer ses propres opinions à celles du législateur concernant le bien-fondé d'une question donnée. La Cour ne doit pas considérer ce qu'elle estime être la meilleure solution aux problèmes posés; son rôle se limite à décider si la solution adoptée par le législateur va à l'encontre de la Charte. Si c'est le cas, la disposition en question doit être déclarée invalide ou inopérante et il est alors loisible au législateur d'adopter toute disposition différente qu'il pourra juger à propos. Je fais miens les propos du juge Holmes, mentionnés dans l'arrêt *Ferguson v. Skrupka*, 372 U.S. 726 (1963), aux pp. 729 et 730:

[TRADUCTION] Il fut un temps où cette Cour recourait à la clause de l'application régulière de la loi pour invalider des lois jugées déraisonnables, c'est-à-dire insensées ou incompatibles avec une certaine philosophie économique ou sociale. C'est ainsi qu'on s'est servi de cette clause notamment pour annuler des lois prescrivant le nombre maximal d'heures de travail dans les boulangeries, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), interdisant les contrats de « jaune », *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915), établissant un salaire minimum pour les femmes, *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923), et fixant le poids des pains, *Jay Burns Baking Co. v. Bryan*, 264 U.S. 504 (1924). Cette incursion par les tribunaux dans le domaine des jugements de valeur du législateur a suscité à l'époque une opposition vigoureuse, notamment de la part des juges Holmes et Brandeis. Bien que la Cour ait déclaré invalide une loi d'un État réglementant le prix de vente des

billets de theatre et d'autres billets, le juge Holmes, dissident, a dit:

Je crois qu'il convient de reconnaitre que la legislature d'un Etat peut faire tout ce qu'elle juge a propos, a moins qu'une disposition expresse de la Constitution des Etats-Unis ou de l'Etat en question ne l'en empeche. J'estime aussi que les tribunaux devraient prendre soin de ne pas donner a ces interdictions une portee qui aille au-dela de leur sens manifeste en y appliquant leurs propres conceptions de l'interet public.

Dans un arret anterieur, il avait souligne que << Le critere de la constitutionnalite ne consiste pas a nous demander si nous estimons que la loi en question est pour le bien public >>.

Voila maintenant longtemps que n'a plus cours le principe retenu dans les decisions Lochner, Coppage, Adkins, Burns , etc., savoir qu'en vertu de l'application reguliere de la loi, les tribunaux peuvent declarer des lois inconstitutionnelles lorsqu'ils estiment que le legislature a agi de facon insensee. On est en effet revenu a la vieille proposition constitutionnelle portant que les tribunaux ne doivent pas substituer leurs convictions en matiere sociale et economique au jugement des corps legislatifs dont les membres sont elus pour legiferer.

Les propos du juge Holmes datent de 1927, mais ils n'ont pas perdu de leur force dans la jurisprudence americaine: voir *New Orleans v. Dukes*, 427 U.S. 297 (1976), a la p. 304; *Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co.*, 449 U.S. 456 (1981), a la p. 469; et *Hoffman Estates v. The Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982), aux pp. 504 et 505. A mon avis, bien qu'il ait ete etabli dans le contexte americain, ce principe est tout aussi applicable au Canada.

187 Il est essentiel de maintenir ce principe dans une democratie constitutionnelle. Il ne faut pas que la decision de la Cour sur une question comme celle de l'avortement soit fonction du nombre de juges qui peuvent faire partie du camp << prochoix >> ou << provie >>, car cela irait a l'encontre de principes solides et de la primaute du droit dont parle le preambule de la Charte , ce qui doit donc signifier qu'aucun pouvoir discretionnaire, pas meme celui des tribunaux, n'est absolu. Il existe toutefois un probleme en ce sens que la Cour doit conferer a l'enonce general des droits et libertes que contient la Charte une substance et une vitalite veritables. Or, comment les tribunaux peuvent-ils s'acquitter de cette tache sans assujettir la loi a au moins certaines de leurs opinions et preferences? C'est la une question qui a fait l'objet de beaucoup de discussion et de commentaires. Maintes theories ont ete avancees, mais peu d'entre elles se rapportent directement au probleme tel qu'il se pose dans le contexte canadien. Pour ma part, j'estime que la jurisprudence de cette Cour est instructive a cet egard. Dans des arrets comme *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145 , aux pp. 155 et 156, et *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295 , a la p. 344, la Cour a recommande que, dans l'application de la Charte et de ses dispositions, soit adoptee ce qu'on a appele une << methode qui tient compte de l'objet vise >>. J'interprete cela comme signifiant que les tribunaux devraient interpreter la Charte de maniere a mettre a execution ses dispositions plutot que

le point de vue personnel du juge qui écrit. Cette façon de procéder établit des bornes que les tribunaux ne devraient pas dépasser lorsqu'ils se prononcent sur la Charte. Elle circonscrit le contenu des droits et libertés garantis par la Charte aux objets qui y sont formulés. Par conséquent, bien que les tribunaux doivent continuer à donner aux dispositions de la Charte une interprétation juste, large et libérale, cette méthode empêche la Cour d'abandonner son rôle décisionnel traditionnel pour formuler ses propres conclusions sur des questions de politique générale, ce qu'a maintes reprises la Cour dit qu'elle devait éviter de faire. Affirmer que l'interprétation de la Charte doit tenir compte de son objet implique nécessairement l'inverse: elle ne doit pas s'interpréter « d'une manière qui fait abstraction de l'objet visé ». Une cour n'est pas habilitée à donner à un droit une définition n'ayant aucun rapport avec l'intérêt qu'est destiné à protéger le droit en question. Dans le Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act, [1987] 1 R.C.S. 313, à la p. 394, j'ai tenté de formuler une façon d'aborder le problème:

Il s'ensuit que, bien qu'il faille adopter une attitude libérale et pas trop formaliste en matière d'interprétation constitutionnelle, la Charte ne saurait être considérée comme un simple contenant, à même de recevoir n'importe quelle interprétation qu'on pourrait vouloir lui donner. L'interprétation de la Charte, comme celle de tout document constitutionnel, est circonscrite par la formulation, la structure et l'historique du texte constitutionnel, par la tradition constitutionnelle et par l'histoire, les traditions et les philosophies inhérentes de notre société.

Si je comprends bien, cela ne veut pas dire que les juges ne peuvent pas faire certains choix de politique générale lorsqu'ils se trouvent devant des conceptions opposées de l'étendue de droits ou de libertés. Des choix difficiles doivent être faits et le point de vue personnel des juges jouera inévitablement à l'occasion. Toutefois, les décisions rendues par les juges ainsi que les interprétations qu'ils proposent ou qu'ils retiennent doivent découler plausiblement de la Charte. Il n'appartient nullement aux tribunaux de forger de toutes pièces un droit constitutionnel. Pour terminer mes observations sur cette question, je cite, en les adoptant, les propos suivants tirés des motifs du juge Harlan, dissident, dans l'affaire *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964), qui selon moi, bien qu'ils découlent de l'expérience américaine, sont tout autant applicables dans une étude de la position canadienne. Le juge Harlan commente, aux pp. 624 et 625:

[TRADUCTION] ...l'idée erronée qu'on se fait actuellement de la Constitution et du rôle qu'elle attribue à cette Cour. Ce point de vue, en un mot, porte qu'on peut trouver dans quelque « principe » constitutionnel un remède à tous les maux sociaux importants qui affligent ce pays et que cette Cour doit « prendre l'initiative » de promouvoir la réforme lorsque les autres organes du gouvernement n'agissent pas. La Constitution n'est pas une panacée qui permet de remédier à toutes les atteintes au bien-être public et cette Cour, en tant que corps judiciaire, ne doit pas non plus être considérée comme un refuge pour tous les mouvements de réforme. La Constitution est un instrument de gouvernement; elle repose sur la prémisses fondamentale selon laquelle c'est la répartition du pouvoir gouvernemental qui offre à cette nation les meilleures possibilités d'assurer la liberté à tous ses citoyens. Cette Cour, dont les

fonctions sont limitees en conformite avec cette premisses, ne remplit pas sa noble mission lorsqu'elle excede sa competence, fut-ce par suite d'une impatience justifiee face aux lenteurs du processus politique. Car lorsqu'au nom de l'interpretation constitutionnelle, la Cour ajoute a la Constitution quelque chose qui en a ete deliberelement exclu, elle se trouve en realite a substituer au processus d'amendement sa propre conception de ce que devrait dire la Constitution.

#### Le droit a l'avortement et l'art. 7 de la Charte

188 Le jugement de ma collegue le juge Wilson est fonde sur la proposition selon laquelle la femme enceinte a droit a l'avortement en vertu de l'art. 7 de la Charte . La meme notion sous-tend le jugement du Juge en chef. Il en vient a la conclusion que la loi qui force une femme a mener a terme un foetus, a moins de satisfaire a certains criteres qui n'ont rien a voir avec ses propres priorites et aspirations, porte atteinte a la securite de sa personne. Voila, a son avis, l'effet de l'art. 251 du Code criminel . Il n'a pas affirme expressement que la femme enceinte a droit a l'avortement therapeutique ou autre. J'estime cependant que la validite de sa position depend de cette proposition et que l'atteinte a ce droit constitue une atteinte au droit a la securite de sa personne. On dit que la loi qui force une femme a mener a terme un foetus, a moins de satisfaire a certains criteres qui n'ont rien a voir avec ses propres priorites et aspirations, porte atteinte a la securite de sa personne. Si en obligeant une femme a mener a terme sa grossesse, on attente a la securite de sa personne, ce ne peut etre que parce que le concept de la securite de la personne inclut le droit de ne pas etre contrainte a mener a terme sa grossesse. Cela revient alors simplement a dire qu'elle a droit a l'avortement. Il s'ensuit donc que si on ne peut prouver l'existence d'un tel droit, on ne saurait dire que la securite de sa personne a ete violee par l'action de l'Etat ou de quelque autre maniere.

189 Toute loi, soulignons-le, peut eventuellement porter atteinte aux priorites et aux aspirations d'une personne. De fait, c'est precisement cela que visent la plupart des mesures legislatives. Ce n'est que lorsque ces mesures ne constituent plus une simple entrave aux dites priorites et aspirations et qu'elles portent atteinte a des droits que les tribunaux peuvent intervenir. La loi qui interdirait de faire partie d'une association licite serait inconstitutionnelle, non parce qu'elle porterait atteinte a des priorites et a des aspirations, mais parce qu'elle leserait le droit a la liberte d'association garanti par l'al. 2d ) de la Charte . Il ne fait aucun doute que le respect de la Loi de l'impot sur le revenu a souvent porte atteinte aux priorites et aux aspirations de particuliers. Les dispositions fiscales n'en sont toutefois pas pour autant inconstitutionnelles, parce que le contribuable ordinaire ne jouit d'aucun droit a l'exemption d'impots. On pourrait en donner d'autres exemples. A mon avis, il est evident qu'on ne saurait conclure qu'un texte legislatif porte atteinte a la securite de la personne que dans la mesure ou ce texte porte atteinte a quelque droit sous-jacent inclus dans cette notion ou protege par celle-ci. Donc, pour que les appelants aient gain de cause en l'espece, ils ne peuvent pas se contenter de demontrer l'existence d'une simple entrave a des priorites et a des aspirations; ils doivent prouver qu'il y a atteinte a un droit inclus dans la notion de la securite de la personne.

190 Ni l'article 7 de la Charte ni aucune autre disposition n'appuie la proposition selon laquelle les femmes jouissent d'un droit constitutionnel a l'avortement. Alors que certains textes sur les droits de la personne, comme l'American Convention on Human Rights, 1969 (article 4(1)), abordent expressément la question de l'avortement, la Charte est tout a fait muette sur ce point. Par ailleurs, il n'est peut-etre pas sans importance que la Charte traite explicitement d'autres sujets, comme le droit de vote, la liberte de religion, la liberte d'expression et d'autres questions controversees comme la liberte de circulation et d'etablissement, les droits linguistiques et les droits des minorites, sans toutefois parler de la question de l'avortement qui, a l'epoque de son elaboration, etait tout aussi publiquement controversee qu'elle l'est aujourd'hui. Il semblerait en outre n'y avoir rien dans l'historique du texte constitutionnel de la Charte qui puisse etayer la proposition avancee par les appelants. Dans les proces-verbaux du Comite mixte special du Senat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada (Procesverbaux 32e Parl., sess. 1 (1981), vol. 46, p. 43), on trouve l'echange de propos suivant:

M. Crombie : Je vous demande donc, en terminant, quelles seront les repercussions de l'inclusion de cet article sur les voies de droit regulieres sur le mariage, la procreation et le soin des enfants?

.....

M. Chretien : Monsieur Crombie, il est important de comprendre la difference entre l'adoption d'une loi sur l'avortement, le Code criminel et l'adoption d'une loi sur la peine capitale. Le Parlement est habilite a adopter ces lois et le tribunal, parce que nous n'avons pas de voies de droit regulieres ecrites, ne peut pas verifier si le Parlement a pris une bonne decision.

Si nous couchons cela sur le papier, on me dit que le tribunal pourra desormais aller au-dela de la decision du Parlement et renverser une decision que ce dernier aurait prise sur l'avortement ou sur la peine capitale. On risque donc, selon les avis juridiques que j'ai reeus, de limiter le pouvoir legislatif du Parlement, et ce n'est pas ce que nous souhaitons. C'est pourquoi nous ne voulons pas inclure cette expression << voies de droit regulieres >>. Ce sont deux exemples qu'il faut garder a l'esprit.

On peut speculer quant aux implications que cela aurait sur des domaines sur lesquels on n'a pas encore legiferer (sic ); mais voila deux domaines tres particuliers avec lesquels les legislatureurs sont aux prises et, a mon avis, le Parlement qui a adopte certaines lois sur l'avortement et la peine capitale devrait avoir preesance en la matiere, et nous ne voulons pas que les tribunaux puissent, en invoquant la constitution, renverser le jugement du Parlement.

Bien entendu, ce passage concerne le second plutot que le premier volet de l'art. 7, mais il ne permet pas du tout d'affirmer qu'on a voulu que la question de l'avortement releve de la Charte .

191 On ne saurait prétendre que l'histoire, les traditions et les philosophies fondamentales de notre société appuient la proposition selon laquelle la Charte confère implicitement un droit à l'avortement. La Cour d'appel de l'Ontario a fait en l'espece un examen utile de la manière dont la position du législateur face à cette question a évolué en fonction des exigences de l'ordre public. Voici ce qu'a dit la Cour d'appel, aux pp. 364 à 366:

[TRADUCTION]

#### Historique du droit en matière d'avortement

L'histoire du droit en matière d'avortement revêt passablement d'importance. En common law, procurer un avortement avant que le fœtus ne donne des signes de vie ne constituait pas une infraction criminelle. Le fœtus donnait des signes de vie lorsque la femme enceinte pouvait le sentir bouger dans son ventre. Quiconque procurait un avortement à ce stade-là de la grossesse commettait une infraction mineure (misdemeanour): Blackstone's Commentaries on the Laws of England, tome 1, pp. 129 et 130. Le droit en matière d'avortement criminel a été codifié pour la première fois en Angleterre dans Lord Ellenborough's Act, 1803 (R.-U.), chap. 58. Cette loi prévoyait que la pratique d'un avortement lorsqu'il s'agissait d'un fœtus qui donnait des signes de vie constituait une infraction majeure (felony), et prescrivait des peines moindres pour l'avortement pratiqué à un stade moins avancé. Suite à l'adoption de l'Offences Against the Person Act, 1861 (R.-U.), chap. 100, art. 58, on n'imposait plus en Angleterre des peines différentes selon le stade de développement fœtal. L'infraction était majeure et entraînait alors une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité. L'Infant Life (Preservation) Act, 1929 (R.-U.), chap. 34, accordait une plus grande protection à un fœtus viable en créant l'infraction de destruction d'enfant qui consistait à faire mourir un enfant susceptible de naître vivant, sauf lorsque la mort était provoquée de bonne foi afin de protéger la vie de la mère. Dans la décision *R. v. Bourne*, [1939] 1 K.B. 687, on a jugé qu'on pouvait opposer à l'interdiction de l'avortement édictée tant par la common law que par la loi écrite le moyen de défense de common law fondé sur la nécessité de sauver la vie de la mère.

Les premières dispositions législatives canadiennes interdisant de tenter de procurer un avortement se trouvent dans l'Acte concernant les offenses contre la Personne, 1869 (Can.), chap. 20, art. 59 et 60. Il s'agissait d'un texte qui s'inspirait de la Lord Ellenborough's Act et de l'Offences Against the Person Act, 1861. Les dispositions relatives à l'avortement ont été incluses dans le Code criminel de 1892 (1892 (Can.), chap. 29, art. 272 à 274) et, avec de légères modifications, dans les codes de 1906 (S.R.C. 1906, chap. 146, art. 303 à 306), de 1927 (S.R.C. 1927, chap. 36, art. 303 à 306), et de 1954 (1953-54 (Can.), chap. 51, art. 237 et 238).

Il se dégage nettement du par. 251(1) que le législateur considérait que procurer un avortement constituait un crime très grave punissable par une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité.

En 1969, le législateur a atténué la rigueur de la loi par l'adjonction à l'art. 251 des par. (4), (5), (6) et (7) à titre de dispositions disculpatoires (1968-69, chap. 38, art. 18). Ces paragraphes prévoient que procurer un avortement ne constitue pas un acte criminel lorsque la continuation de la grossesse de cette personne du sexe féminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière. Comme on le constate, les exceptions aux par. 251(1) et (2) ne jouent que

a) si la majorité des membres d'un comité de l'avortement thérapeutique, composé d'au moins trois médecins qualifiés, d'un hôpital accrédité ou approuvé certifié par écrit à la suite d'un examen du cas au cours d'une réunion du comité que, de l'avis de la majorité, la continuation de la grossesse mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé d'une personne du sexe féminin;

b) si l'avortement se fait dans un hôpital accrédité ou approuvé, par un médecin à qui le certificat a été remis et qui n'est pas membre du comité.

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 reprehensible.

Comme l'a dit la Cour d'appel, les modifications apportées à l'art. 251 du Code criminel traduisent un changement de point de vue sur cette question, mais on ne saurait déduire du texte de l'art. 251 l'existence d'un droit constitutionnel à l'avortement.

192 L'historique qu'a fait la Cour d'appel de la position prise par le législateur canadien permet en outre de mettre en lumière les philosophies fondamentales ayant cours dans notre société et démontre qu'il n'y a jamais eu de droit général à l'avortement au Canada. L'existence d'un intérêt public dans la protection des enfants non encore nés a toujours été clairement reconnue et rien ne prouve ni n'indique que le concept de l'avortement à volonté est généralement accepté dans notre société. On doit noter également qu'au moment où la Charte a été adoptée, la seule disposition en matière d'avortement qui existait en droit canadien était l'art. 251 du Code criminel. Il s'ensuit donc, selon moi, que la façon d'interpréter la Charte acceptée par cette Cour ne justifie aucunement une conclusion que le droit à l'avortement est encaissé dans la Constitution.

193 Pour ce qui est de la revendication d'un droit à la protection contre toute atteinte de l'État à l'intégrité physique et contre toute tension psychologique causée par l'État, je dirais que pour être accepté à titre de droit constitutionnel, il devrait reposer sur autre chose que les simples tensions et l'angoisse causées par l'État. Il est certainement évident que bien des formes d'action gouvernementale considérées comme raisonnables, voire nécessaires, dans notre société sont pour beaucoup de gens une source de tensions et d'angoisse, tout en constituant des exercices acceptables du pouvoir gouvernemental dans la poursuite d'objectifs socialement désirables. La réalité même de la vie dans une société moderne vient s'opposer à ce qu'un tel droit soit encaissé dans la Constitution. Il est rare que les actes accomplis pour le bon gouvernement et la

bonne administration de la collectivité aient l'heur de plaire à tous. Il est difficile de concevoir une politique ou une initiative gouvernementale qui ne créera pas beaucoup de tensions ou d'angoisse chez certaines personnes et, souvent, chez un bon nombre de citoyens. Les gouvernements doivent être habilités à exproprier des biens-fonds, à procéder au zonage et à réglementer l'utilisation de biens-fonds ainsi que les droits et les conditions rattachés à l'occupation de ceux-ci. L'exercice de ces pouvoirs est souvent une source de tensions graves et d'angoisse. Or il faut, dans l'intérêt de la santé et du bien-être publics, que les gouvernements possèdent et exercent le pouvoir de réglementer, de contrôler et, voire même, d'abolir certains aspects de la fabrication, de la vente et de la distribution d'alcool et de médicaments ainsi que d'autres substances dangereuses. Les tensions et l'angoisse résultant de l'exercice de ces pouvoirs ne sauraient justifier qu'on les refuse aux autorités. À l'heure actuelle, beaucoup de pressions sont exercées sur les gouvernements pour qu'ils limitent, interdisent même, l'usage du tabac. L'action gouvernementale dans ce domaine engendra beaucoup de tensions et d'angoisse chez les fumeurs et les producteurs de tabac, mais on ne saurait dire que cela entraînera l'inconstitutionnalité des mesures de contrôle et de réglementation que pourront adopter les gouvernements. Une foule d'autres exemples pourraient être cités à ce propos.

194 Pour qu'il y ait atteinte au droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7, il devrait y avoir plus que des tensions ou de l'angoisse causées par l'État. Une violation de ce droit devrait dépendre d'une atteinte à quelque intérêt dont la nature et l'importance justifieraient une protection constitutionnelle. Cela, me semble-t-il, se limiterait aux cas où l'action de l'État dont on se plaint a, en plus d'engendrer des tensions et de l'angoisse, porté également atteinte à un autre droit, à une autre liberté ou à un autre intérêt qui mériteraient d'être protégés selon le concept de la sécurité de la personne. Pour les raisons exposées ci-dessus, le droit à l'avortement, compte tenu du texte, de la structure et de l'historique de la Charte ainsi que de l'histoire, des traditions et des philosophies fondamentales de notre société, ne constitue pas un tel intérêt. Tout droit à l'avortement demeure circonscrit par les termes de l'art. 251 du Code criminel. Je reprends le passage suivant tiré de la p. 378 de l'arrêt de la Cour d'appel:

[TRADUCTION] On ne saurait oublier que la situation du droit de la femme à être maîtresse de sa propre personne se complique davantage lorsqu'elle devient enceinte et qu'un certain contrôle de la loi peut se révéler approprié. Nous sommes d'accord avec le juge en chef adjoint Parker de la Haute Cour pour dire que, si on garde à l'esprit l'interdiction légale de l'avortement qui existe depuis plus de cent ans au Canada, on ne saurait affirmer qu'il existe un droit de procurer un avortement qui soit ancré dans nos traditions et notre mode de vie au point d'être fondamental. Le seul droit à l'avortement que possédaient les femmes au moment de l'entrée en vigueur de la Charte semblerait donc être celui que leur conférerait le par. 251(4).

J'ajouterais seulement que même s'il était possible de conclure à l'existence d'un droit général à l'avortement en vertu de l'art. 7 de la Charte, la preuve est loin de révéler clairement jusqu'à quel point on pourrait dire que les exigences de l'art. 251 du Code peuvent porter atteinte à ce droit. Il est normal que ce

soit difficile a determiner. Le seul fait d'etre enceinte, sans parler de la grossesse non voulue, est une source de stress. Il ressort de la preuve que l'angoisse liee a l'avortement est, dans une large mesure, naturelle et inevitable et qu'il est vraiment impossible de faire face a une grossesse non voulue, sans difficulte sur le plan psychologique.

195 Pour ces raisons, je conclus que, sous reserve des dispositions du Code criminel qui autorisent l'avortement lorsque la vie ou la sante de la mere est en danger, aucun droit a l'avortement ne saurait se trouver dans le droit, la coutume ou les traditions ayant cours au Canada, et que la Charte, y compris l'art. 7, ne cree aucun droit supplementaire. Par consequent, j'estime que les modalites de l'art. 251 du Code ne violent pas l'art. 7 de la Charte. Meme en acceptant de supposer que la notion de la securite de la personne aurait pour effet d'entacher de nullite une loi qui obligerait une femme a mener a terme sa grossesse au risque de sa propre vie ou sante, il faut noter que ce n'est pas le cas en l'espece. Comme je l'ai deja souligne, l'art. 251 du Code prescrit deja l'avortement dans ces circonstances.

#### L'equite en matiere de procedure

196 Je passe maintenant a l'argument des appelants relatif a l'equite, sur le plan de la procedure, de l'art. 251 du Code criminel. Cet argument a pour fondement que les exceptions prevues au par. (4) rendent illusoire ou pratiquement illusoire pour bien des femmes desireuses de se faire avorter tout moyen de defense decoulant dudit paragraphe. On fait remarquer que des avortements therapeutiques ne peuvent etre obtenus que dans des hopitaux accredites ou approuves, que les hopitaux ainsi accredites ou approuves peuvent a leur guise constituer ou ne pas constituer des comites de l'avortement, et que le mot << sante >> est defini en des termes vagues qui n'indiquent pas clairement son sens. Selon les statistiques, a-t-on affirme, des avortements ne peuvent etre legalement accomplis que dans vingt pour cent des hopitaux canadiens. Toujours suivant cet argument, puisque l'avortement n'est pas generalement accessible a toutes les femmes qui cherchent a l'obtenir, le moyen de defense en question est illusoire ou pratiquement illusoire et l'article n'est donc pas conforme aux principes de justice fondamentale.

197 Il est evidemment difficile de reunir des elements de preuve precis portant sur les questions soulevees en l'espece et ces elements de preuve feront l'objet d'une interpretation subjective en fonction des opinions de ceux qui les apportent. La majeure partie de la preuve volumineuse produite au proces concernait l'experience ontarienne. On a produit en outre des textes sous la forme d'articles, de rapports et d'etudes sur lesquels on a demande a la Cour de se fonder pour conclure que les possibilites d'obtenir un avortement n'etaient pas les memes partout au pays et qu'il pouvait en resulter un grand mecontentement. Tout en reconnaissant que, dans les affaires constitutionnelles, une plus grande latitude a ete accordee en ce qui concerne la reception de tels documents, je prefere, pour ce qui est d'examiner les questions de fait, m'appuyer principalement sur les depositions faites sous serment au cours du proces. On a cite comme temoin le president d'un comite de l'avortement therapeutique d'un hopital de Hamilton ou onze cent quatre-vingt-sept avortements ont ete pratiques

en 1982. Celui-ci a affirmé que, sur toutes les demandes reçues par son comité cette année-là, moins de douze ont finalement été rejetées. Dans chacun de ces cas, le refus était motivé par le fait que la majorité des membres du comité n'était pas convaincue que [TRADUCTION] « la continuation de la grossesse compromettrait la santé de la femme en question ». Tous les médecins qui ont témoigné et qui ont pratiqué des avortements en vertu du Code criminel ont reconnu, en contre-interrogatoire, que jamais il ne leur était arrivé qu'une demande d'avortement thérapeutique présentée pour le compte d'une patiente se heurte au refus d'un comité de l'avortement. Aucune femme n'est venue témoigner qu'elle s'était vu refuser une demande qu'elle avait faite personnellement en vue d'obtenir un avortement ou que ce soit au Canada, et aucun médecin n'a dit avoir participé à une telle demande. En 1982, la province de l'Ontario comptait quatre-vingt-dix-neuf hôpitaux dotés d'un comité de l'avortement. Cette année-là en Ontario, 31 379 avortements ont été pratiqués dans des hôpitaux et dans trente-six de ceux-ci, le chiffre des avortements s'élevait à plus de deux cents en une seule année. Dans la communauté urbaine de Toronto, il y avait dix-sept hôpitaux qui étaient dotés d'un comité de l'avortement et où 16 706 avortements ont été pratiqués en 1982. Dans neuf cas, le nombre dépassait mille avortements par année. En 1982, il y avait dans chaque province et dans les deux territoires au moins un hôpital doté d'un comité de l'avortement. La preuve n'est toutefois pas aussi claire quant à la situation dans les régions rurales ou éloignées. Il serait néanmoins raisonnable de supposer qu'en dehors des principales régions habitées, il aurait été plus difficile d'obtenir un avortement. En cela, l'avortement ne diffère donc pas de n'importe quel autre service de santé. Fait révélateur, il se dégage des dépositions et des pièces produites au procès que, même sous le régime d'avortement plus libéral que l'on trouve aux États-Unis, l'accessibilité demeure un problème. En effet, dix ans après l'arrêt *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), il n'y avait eu qu'une modeste amélioration de l'accessibilité dans les régions rurales. Il vaut également la peine de noter que la preuve présentée au procès, qui compare les régimes d'avortement respectifs du Canada et des États-Unis, fait ressortir d'autres ressemblances importantes. Il y a par exemple entre les deux pays une grande similarité en ce qui concerne notamment le stade de la grossesse auquel l'avortement est pratiqué et les méthodes employées aux stades respectifs. Les deux pays se ressemblent beaucoup également quant aux pourcentages et aux méthodes d'avortements pratiqués au début du second trimestre crucial. Dans l'un et l'autre pays, un bon nombre des problèmes qui ont surgi en matière d'avortement paraissent traduire une réalité plus générale, savoir que les services médicaux sont assujettis à des restrictions budgétaires et à des restrictions sur les plans du temps, des locaux et du personnel disponible. En matière d'avortement en particulier, la situation se complique davantage du fait que beaucoup de médecins considèrent l'avortement comme immoral et refusent de pratiquer ce type d'intervention. Somme toute, on est loin de savoir clairement dans quelle mesure la procédure établie par la loi contribue à créer les problèmes liés à l'obtention d'un avortement. Par conséquent, même si l'on accepte qu'il serait contraire aux principes de justice fondamentale que le législateur prévoit un moyen de défense qui, en raison de ses modalités, est illusoire ou pratiquement illusoire, je ne crois pas que l'on puisse dire que l'art. 251 du Code a eu cet effet.

legislateur n'est illusoire ou pratiquement illusoire que lorsqu'on ne peut pas recourir a ce moyen de defense dans les circonstances ou l'on a dit qu'il etait possible de le faire . De par sa nature meme, ce critere sousentend, bien sur, que c'est au legislateur qu'il incombe de definir le moyen de defense et, en ce faisant, de preciser les conditions a remplir pour pouvoir l'invoquer. Le Juge en chef affirme, a la p. 70 de ses motifs:

Le droit criminel constitue une forme tres speciale de reglementation gouvernementale, car il cherche a exprimer la desapprobation collective de notre societe pour certains actes ou omissions. Lorsqu'un moyen de defense est prevu, surtout lorsqu'il s'agit d'un moyen de defense coneu specifiquement pour une accusation particuliere, c'est parce que le legislateur a juge que la desapprobation de la societe n'est pas justifiee lorsque les conditions de ce moyen de defense sont remplies.

Selon moi, il est clair a la lecture de ces observations qu'il n'appartient nullement a cette Cour de revenir sur le choix de principe fait par le legislateur quant a la portee precise de ce moyen de defense. Il appartient au Parlement de determiner quand << la desapprobation de la societe n'est pas justifiee >>. Lorsque le texte legislatif fait l'objet d'une attaque fondee sur le caractere illusoire du moyen de defense offert, la tache de la Cour consiste a determiner s'il est possible de recourir a ce moyen de defense dans les circonstances ou on a voulu qu'il puisse etre invoque. Au paragraphe 251(4), le legislateur enonce les conditions qui doivent etre remplies pour obtenir un avortement therapeutique sans s'exposer a des sanctions criminelles. Il est evident, a la lecture de cette disposition legislative, que le moyen de defense a une portee restreinte. Il est clair que c'est ce qu'a voulu le legislateur qui a exprime cette intention en des termes precis. Je ne puis retenir l'argument selon lequel ce moyen de defense a ete presente comme pouvant etre invoque de maniere generale. Bien au contraire, il s'agit d'un moyen de defense soigneusement coneu dont l'application se limite a des circonstances particulieres. Les avortements therapeutiques ne peuvent etre pratiques que dans certains hopitaux et en conformite avec certaines dispositions precises. Le moyen de defense ne pourrait etre qualifie d'illusoire ou de pratiquement illusoire que s'il etait possible de conclure qu'il ne permet pas d'obtenir un avortement licite dans les circonstances decrites dans l'article en cause. Or, la documentation soumise a cette Cour ne permet pas de tirer une telle conclusion. La preuve n'appuie pas la proposition selon laquelle de nombreuses femmes qui remplissent les conditions imposees par l'art. 251 du Code criminel se voient refuser l'avortement.

199 Il est evident que ce que preconisent les appelants n'est pas l'avortement therapeutique vise par l'art. 251 du Code . Ils ont ouvert leur clinique en raison des lacunes que presentait, d'apres eux, cet article. Ils proposent et cherchent a justifier << l'avortement libre >>. Or, le moyen de defense prevu au par. 251(4) n'a pas ete coneu pour refleter les opinions des appelants ni pour creer un moyen de defense general qui aurait pour effet d'abroger les dispositions essentielles de l'art. 251. D'aucuns croient fermement que l'art. 251 ne repond plus aux besoins de la societe moderne. Quoi qu'il en soit, il ne s'ensuit pas que les dispositions du par. 251(4) qui etablissent un moyen de

defense sont illusoirs. Elle traduisent le choix qu'a fait le legislateur en la matiere et, comme je l'ai deja souligne, il n'a pas ete demontre que des avortements therapeutiques n'ont pu etre obtenus dans les cas envisages par l'article.

200 On a fait valoir, en outre, que le moyen de defense prevu par le par. 251(4) est inequitable sur le plan de la procedure en ce sens qu'il n'etablit pas une norme satisfaisante de << sante >> pour la gouverne des comites de l'avortement charges d'approuver ou de rejeter les demandes d'avortement. On soutient que le sens du mot << sante >> employe au par. 251(4) est vague au point de rendre ce paragraphe inconstitutionnel. A mon avis, la Cour d'appel a donne a cet argument une reponse complete et efficace. J'accepte et je fais mien le passage suivant tire des pp. 387 et 388 des motifs de la Cour d'appel:

[TRADUCTION] L'avocat des intimes reproche en outre a l'art. 251 d'etre entache de nullite pour cause d'<< imprecision >>. Suivant cet argument, les termes << sante >> et << avortement >> utilises au par. 251(4) ouvrent la voie a une application arbitraire si vague et incertaine qu'on a de la difficulte a comprendre quelle conduite est proscrire. Or, la justice fondamentale exige que soient communiquees a l'inculpe des details suffisants concernant la nature de l'infraction qu'on lui impute.

L'avocat des intimes a parle en long et en large du concept de la << sante >> et du sens du mot << avortement >> ainsi que de la maniere dont les tribunaux font face au probleme de l'<< imprecision >> en interpretant les reglements municipaux. De plus, l'avocat a fait un examen pousse de la jurisprudence americaine.

Dans cette affaire, cependant, apres lecture de l'art. 251 et de ses exceptions, il n'y a aucune difficulte a determiner ce qui est interdit et ce qui est permis. On ne peut pas dire qu'aucun sens raisonnable ne peut etre donne aux termes de cet article. Donc, il revient aux tribunaux de dire quel sens il faut donner a la loi. L'avocat a ete incapable de citer a la Cour une decision dans laquelle une loi a ete declaree nulle pour cause d'imprecision. Quoi qu'il en soit, il ne fait pas de doute que les intimes savaient que les actes projetes et accomplis par eux constituaient une infraction a l'article en cause. Ce n'est pas parce qu'ils desapprouvaient la loi a cet egard que celle-ci est << imprecise >>. Ils ne pouvaient pas douter que l'avortement qu'ils comptaient pratiquer (et nous sommes d'accord avec le juge du proces que l'expression << procurer l'avortement >> est synonyme de << pratiquer un avortement >>) ne pouvait etre accompli que dans un hopital accredite ou approuve apres avoir obtenu du comite de l'avortement therapeutique de l'hopital en question le certificat requis.

201 Finalement, cette Cour s'est deja penchee sur la question. Le juge Dickson (alors juge puine), en terminant une etude du par. 251(4) du Code criminel dans l'affaire Morgentaler (1975 ), precitee, a affirme, au nom de la majorite, a la p. 675:

La question n'est pas de savoir si l'on est d'accord avec la legislation

canadienne. Le Parlement s'est exprimé sans équivoque en des termes clairs et précis.

Dans la même cause, le juge en chef Laskin, quoique dissident pour d'autres motifs, affirmait, à la p. 634:

La prétention avancée sur le 2<sup>e</sup> point est également insoutenable parce qu'on veut restreindre la portée d'une loi dans une situation qui ne s'y prête pas. Les avocats qui prétendent que le critère prescrit aux comités de l'avortement thérapeutique est imprécis et subjectif, ne peuvent rien trouver à l'appui de cette prétention même dans l'arrêt *Doe v. Bolton*. En cette affaire-là il a été décidé que l'interdiction au médecin de procurer l'avortement sauf lorsque [TRADUCTION] «< d'après son meilleur jugement fondé sur un examen physique, un avortement est nécessaire >> ne prescrit pas un critère assez peu précis pour être constitutionnellement vulnérable. A fortiori, de la façon dont on aborde ici la question de l'application régulière des garanties légales aux principes de droit, l'argument d'imprécision et de subjectivité ne peut être retenu. Qu'il suffise de dire que le Parlement a fixé un critère maniable parce qu'il s'adresse à un comité composé d'hommes de l'art, dont on peut s'attendre que les membres portent un jugement exercé sur la question de savoir si «< la continuation de la grossesse ... mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé... >>.

Je tiens donc pour insoutenable l'argument voulant que le moyen de défense prévu par le par. 251(4) du Code criminel soit illusoire. On peut conclure de la preuve produite par les appelants qu'un bon nombre de femmes désireuses d'obtenir un avortement n'ont pas pu l'obtenir au Canada parce que le par. 251(4) ne répond pas à ce besoin. Cela ne peut toutefois pas servir d'argument appuyant l'alléguation que le par. (4) est inéquitable sur le plan de la procédure. Le paragraphe 251(4) a été conçu pour faire face à des circonstances bien précises. Il vise à limiter l'avortement aux cas où la continuation de la grossesse nuirait ou nuirait probablement à la vie ou à la santé de la femme en cause, et non pas à donner la possibilité illimitée de se faire avorter. C'est pour satisfaire à cette exigence que le législateur a établi des procédures administratives qui doivent être suivies lorsqu'on invoque le moyen de défense prévu au par. (4). Ce mécanisme a été considéré comme suffisant pour traiter le type d'avortement envisagé par le législateur. Si, toutefois, comme l'indique la preuve, beaucoup plus de femmes demandaient des avortements pour un motif beaucoup plus large que celui envisagé par le législateur, tout système finirait peut-être par céder sous le poids de ce fardeau trop lourd. Il est révélateur que beaucoup de patientes des appelants ne satisfaisaient pas au critère établi et n'ont pas cherché à l'invoquer, et c'est là la raison pour laquelle elles ont été acceptées à la clinique des appelants. Le système a eu à répondre à une avalanche de demandes d'avortement dont certaines pouvaient remplir les conditions du par. 251(4), mais dont un grand nombre ne le pouvait pas. Dans la mesure où l'on peut dire que le régime administratif instauré par la loi a fonctionné inefficacement, ce qui peut être fort douteux, cela tient principalement à des facteurs étrangers à la loi, savoir la demande générale d'avortements en dépit des dispositions de l'art. 251. À mon avis, un tribunal ne peut, pour ce motif, invalider une disposition législative.

202 Les appelants en cette Cour ont soulevé d'autres arguments dont la plupart peuvent, selon moi, être traités brièvement.

L'article 605 du Code criminel

203 On a soutenu que l'al. 605(1)a), qui habilite le ministère public à interjeter appel contre un verdict d'acquiescement prononcé par une cour de première instance, pour tout motif comportant une question de droit seulement, est contraire à l'art. 7 et aux al. 11d), f) et h) de la Charte. C'est principalement sur l'al. 11h) qui a été invoqué. Or, la réponse à cet argument est simple. Les expressions « définitivement acquitte » et « définitivement déclare coupable » employées à l'al. 11h) doivent s'interpréter comme signifiant après que toutes les procédures d'appel sont terminées, sinon le mot « définitivement » serait inutile ou dénué de tout sens. Ce moyen n'est donc pas fondé. Je suis d'avis de trancher cette question en adoptant les motifs donnés par la Cour d'appel.

L'article 251 du Code criminel - violation de l'art. 15 de la Charte

204 Je juge mal fondé l'argument avancé sous cette rubrique, suivant lequel l'art. 251 du Code criminel porte atteinte aux droits des femmes à l'égalité. Sur ce point également, j'adopte les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario que l'on trouve à (1985), 52 O.R. (2d) 353, aux pp. 392 à 397.

L'article 251 du Code criminel et l'al. 2a) de la Charte

205 Je ne vois pas en quoi l'art. 251 du Code criminel porte atteinte à la liberté de conscience et de religion. Sur ce moyen d'appel, je partage et je fais miens les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario: précité, aux pp. 389 à 391.

L'article 251 du Code criminel et l'art. 12 de la Charte - peine cruelle et inusitée

206 Je suis d'avis de rejeter cet argument et d'adopter, encore une fois sans modification ni adjonction, les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario: précité, à la p. 392.

Le paragraphe 91(27) de la Loi constitutionnelle de 1867 (ultra vires)

207 On fait valoir relativement à cette question que l'art. 251 outrepasserait la compétence du Parlement et ne peut plus se justifier par la compétence en matière criminelle parce qu'il s'agit de législation déguisée qui vise, de par son caractère véritable, à protéger la santé et qui relève donc de la compétence provinciale. À mon avis, cet argument n'est pas fondé et j'adopte, une fois de plus les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario: précité, aux pp. 397 à 399.

L'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867

208 Cet argument porte essentiellement que l'art. 251 du Code criminel a

pour effet d'investir les comités de l'avortement thérapeutique de pouvoirs qui étaient exercés, à l'époque de la Confédération, par les cours de comté et de district et les cours supérieures. Cet argument est sans fondement. Je fais miens les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario: précité, à la p. 400.

#### Delegation illégale de pouvoirs

209 Suivant cet argument, l'art. 251 délègue aux provinces en général des pouvoirs en matière de droit criminel. J'y réponds de la même manière que le fait la Cour d'appel dans ses motifs: précité, à la p. 399. Je m'abstiens toutefois de me prononcer sur la décision *Re Peralta and The Queen in Right of Ontario* (1985), 49 O.R. (2d) 705, qui a été invoquée par cette cour et qui fait actuellement l'objet d'un pourvoi devant nous.

Le moyen de défense fondé sur la nécessité

210 Ce moyen doit également être rejeté. D'après le dossier, il n'y a aucun élément de preuve qui puisse justifier ce moyen de défense.

#### La plaidoirie de l'avocat

211 Dans ses motifs de jugement, le Juge en chef fait mention de la plaidoirie dans laquelle l'avocat de la défense, au procès, a dit aux jurés qu'ils n'avaient pas à appliquer l'art. 251 du Code criminel s'ils estimaient qu'il s'agissait d'une mauvaise règle de droit. Sur cette question, je me range à l'avis du Juge en chef. Je souscris entièrement à son opinion que l'avocat a eu tort de s'adresser ainsi au jury et j'ajouterais qu'une telle pratique, si elle devait se répandre, minerait et compromettrait tout le système des procès par jury.

#### Conclusion

212 Avant de terminer, je tiens à préciser que je n'exprime aucune opinion sur la question de savoir si, et à quelles conditions, les femmes enceintes devraient avoir le droit de se faire avorter impunément. On n'a soulevé selon moi aucune objection à l'art. 251 du Code criminel qui soit valable sur le plan constitutionnel et, par conséquent, j'estime que si la loi doit être changée à ce propos, il appartient au Parlement de le faire. C'est aux députés élus que revient la tâche de résoudre les questions de politique générale touchant ce domaine controversé qui est la cause de tant de discorde. Les tribunaux n'ont pas compétence en la matière. Certes, les mesures prises par le législateur peuvent être soumises à un contrôle judiciaire mais, selon moi, il n'y a rien dans la Charte canadienne des droits et libertés qui habilite ou oblige la Cour à se substituer au Parlement dans ce domaine qui comporte des questions générales d'intérêt public.

213 J'adopte comme un énoncé clair de la façon dont les tribunaux doivent aborder les questions touchant la Charte, les propos qu'a tenus le juge Taylor de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans la décision *Harrison v. University of British Columbia*, [1986] 6 W.W.R. 7. Dans cette affaire, il était question

d'une disposition prescrivant la retraite obligatoire d'employés de l'Université de la Colombie-Britannique. On a soulevé la question de la discrimination au sens de l'art. 15. En traitant de l'objet et de l'effet constitutionnel de la Charte, le juge Taylor affirme ce qui suit, à la p. 11, après avoir fait observer que les fonctions dont la Charte investit les tribunaux [TRADUCTION] "n'impose[nt] pas ... aux tribunaux la responsabilité de concevoir, d'inaugurer ou de diriger la politique sociale ou économique":

[TRADUCTION] Il est vrai, bien entendu, que le rôle des tribunaux a pris de l'ampleur. Dans bien des cas où il subsiste des doutes quant au sens de la Charte ou quant à la façon dont il convient de l'appliquer, les tribunaux doivent décider si un acte législatif, administratif ou autre, dont on se plaint, requiert une sanction en vertu de la Constitution, et il se peut bien que ces décisions aient des conséquences sociales ou économiques. Comme l'a souligné le juge Lamer dans le Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B., [1985] 2 R.C.S. 486, aux pp. 496 et 497, [1986] 1 W.W.R. 481 (sub nom. Ref. re S. 94 (2) of Motor Vehicle Act), 69 B.C.L.R. 145, 48 C.R. (3d) 289, 36 M.V.R. 240, 23 C.C.C. (3d) 289, 24 D.L.R. (4th) 536, 18 C.R.R. 30, 63 N.R. 266, cela a pour effet d'imposer aux tribunaux une responsabilité nouvelle et lourde. En remplissant cette tâche, cependant, ils ne peuvent tenir compte des repercussions sociales ou économiques que dans la mesure où celles-ci aident à répondre à la question de savoir si le droit revendiqué jouit d'une protection en vertu de la Constitution. Or, les droits garantis par la Charte sont ceux qui sont fondamentaux dans une société libre et démocratique.

214 Ce point de vue est applicable à la question de l'avortement. Au Canada, il appartient au Parlement de régler cette question. C'est au Parlement qu'il revient de formuler et de diriger la politique sociale, non pas parce qu'il possède une sagesse infinie et la connaissance de toutes choses, mais simplement parce que c'est précisément dans ce but que les députés sont élus dans une démocratie libre. De plus, le Parlement dispose des moyens (du fait qu'il est au courant de l'opinion publique) ainsi que du pouvoir politique de mettre à exécution ses décisions. J'approuve entièrement les observations suivantes que fait le juge Taylor dans la décision précitée, à la p. 12:

[TRADUCTION] La présente affaire sert peut-être à mettre en relief le fait que les tribunaux ne sont pas suffisamment au courant de l'opinion publique pour pouvoir s'acquitter de la tâche essentiellement « politique » qui consiste à soupeser les différents intérêts sociaux ou économiques et à faire un choix entre ces intérêts et aussi le fait qu'ils ne sont pas non plus à même de réunir les données qu'il leur faudrait pour pouvoir remplir cette fonction. Il se peut par ailleurs que le litige, quand il aura abouti, aura servi en outre à démontrer, à supposer que cela soit nécessaire, que, par la force des choses, le système judiciaire n'a pas la capacité des organes parlementaires d'agir promptement lorsque des facteurs d'ordre économique ou social indiquent qu'il est souhaitable de modifier la loi ni, ce qui est tout aussi important, celle de réagir promptement lorsqu'il s'avère qu'une telle modification n'a pas eu l'effet escompté ou que l'objectif visé n'est plus souhaitable.

215 Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de

repondre ainsi aux questions constitutionnelles:

1. Question :

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

Reponse :

Non.

2. Question :

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

Reponse :

Il n'est pas necessaire de repondre a cette question.

3. Question :

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

Reponse :

Non.

4. Question :

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

Reponse :

Non.

5. Question :

L'article 251 du Code criminel du Canada delegue-t-il illegalement la competence federale en matiere criminelle aux ministres de la Sante provinciaux ou aux comites de l'avortement therapeutique et, ce faisant, le gouvernement federal a-t-il abdique son autorite dans ce domaine?

Reponse :

Non.

6. Question :

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

Reponse :

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

7. Question :

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

Reponse :

Il n'est pas necessaire de repondre a cette question.

Version franeaise des motifs rendus par Le juge Wilson:

216 La question au coeur de ce pourvoi est de savoir si une femme enceinte peut, sur le plan constitutionnel, etre forcee par la loi a mener le foetus a terme. Le legislateur a tenu pour acquis qu'on pouvait l'y forcer et a d'ailleurs prevu, a l'art. 251 du Code criminel , S.R.C. 1970, chap. C-34, que l'interruption de grossesse par une femme ou son medecin, a moins que les exigences procedurales de cet article ne soient respectees, constitue une infraction criminelle punissable d'emprisonnement.

217 Mes collegues, le Juge en chef et le juge Beetz, ont attaque ces exigences dans des motifs que j'ai eu l'avantage de lire. Ils ont juge qu'elles ne respectent pas les principes de justice fondamentale sur le plan de la procedure et ont conclu que, puisqu'elles ne peuvent etre separees des dispositions de fond qui creent l'infraction, l'ensemble de l'art. 251 doit etre invalide.

218 Avec egards, je pense que la Cour doit s'attaquer d'abord a la question fondamentale. Se demander si les exigences procedurales pour obtenir un avortement ou pour le pratiquer respectent ou non la justice fondamentale devient une question purement theorique si, sur le plan constitutionnel, ces exigences ne peuvent absolument pas etre imposees. Si une femme enceinte ne peut, sur le plan constitutionnel, etre forcee par la loi a mener le foetus a terme contre sa

volonte, l'examen des exigences procedurales par lesquelles elle peut y etre forcee perd sa raison d'etre. En outre, il serait, a mon avis, futile pour le legislateur de gaspiller temps et energie a tenter de remedier aux defauts des exigences procedurales s'il n'a quelque assurance que ce faisant, une infraction criminelle valide sera en fin de compte creee. J'en viens donc a ce que je crois etre le point central qu'il faut examiner.

## 1. Le droit a l'avortement

219 L'article 7 de la Charte porte:

7. Chacun a droit a la vie, a la liberte et a la securite de sa personne; il ne peut etre porte atteinte a ce droit qu'en conformite avec les principes de justice fondamentale.

Je conviens avec le Juge en chef qu'il ne nous est pas demande dans cette affaire de delimitier dans tous ses aspects le droit a la vie, a la liberte et a la securite de la personne. Ce serait la une tache impossible car nous ne pouvons concevoir tous les contextes dans lesquels ce droit pourrait etre revendique. Ce qu'on nous demande de faire, je crois, c'est de definir ce droit dans le contexte de la loi contestee. L'article 251 du Code criminel qui limite le recours d'une femme enceinte a l'avortement viole-t-il son droit a la vie, a la liberte et a la securite de sa personne au sens de l'art. 7?

220 Si nous mettons de cote pour le moment les incidences que peut avoir l'article pour le foetus et que nous nous interessons uniquement au droit que l'art. 7 confere a la femme enceinte, il me semble que nous pouvons dire avec suffisamment de certitude qu'une structure legislative regissant l'avortement qui menace la securite de la personne de la femme enceinte viole le droit que lui garantit l'art. 7. D'ailleurs, nous avons deja dit dans l'arret Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1985] 1 R.C.S. 177, que la securite de la personne, meme au niveau purement physique, doit comprendre la liberte d'etre exempt de toute menace de chatiment corporel ou de souffrance, tout autant que la liberte d'etre exempt du chatiment ou de la souffrance eux-memes. En d'autres termes, l'eventualite elle-meme suffit pour qu'il y ait atteinte a la securite de la personne. Je partage l'avis du Juge en chef et du juge Beetz qui, pour des raisons differentes, ont conclu que les femmes enceintes voient leur securite physique et psychologique menacee par la structure legislative elaboree a l'art. 251 et, comme il s'agit la d'aspects de la securite de la personne, leur droit en vertu de l'art. 7 est par consequent viole. Mais bien entendu, cela ne repond pas a la question de savoir si meme une structure legislative ideale, en presumant qu'elle ne constitue pas une menace a la securite physique et psychologique de la personne de la femme enceinte, serait valide en vertu de l'art. 7. Il y a deux raisons a cela: (1) parce que l'art. 7 englobe plus que le droit a la securite de la personne, il mentionne aussi le droit a la liberte, et (2) parce qu'il se peut que la securite de la personne englobe plus que la securite physique et psychologique; c'est ce que nous avons a decider.

221 Il me semble donc que prendre comme point de depart de l'analyse la premisses que le droit de l'art. 7 ne comprend qu'un droit a la securite physique

et psychologique, sans traiter du droit a la liberte, dans ce contexte de << la vie, la liberte et la securite de sa personne >>, c'est presumer resolu des le depart la question centrale en litige. Si le droit a la liberte, le droit a la securite de la personne ou une combinaison des deux conferent a la femme enceinte le droit de decider elle-meme (sur les conseils de son medecin) d'avoir ou non un avortement, il nous faut alors examiner la structure legislative non seulement du point de vue de la justice fondamentale quant a la procedure mais aussi quant au fond. Je pense donc que nous devons repondre a la question: qu'entend-on par le droit a la liberte dans le contexte de la question de l'avortement? Donne-t-il, comme Me Manning le pretend, a la femme enceinte le pouvoir de prendre des decisions relativement a son corps? Sinon, son droit a la securite de sa personne lui donne-t-il ce pouvoir? Je traiterai d'abord du droit a la liberte.

#### a) Le droit a la liberte

222 Pour determiner ce que comprend le droit a la liberte, nous devons, comme le juge en chef Dickson le dit dans l'arret R. c. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295 , proceder d'abord a l'analyse de l'objet de ce droit. Pour citer le Juge en chef, a la p. 344:

...l'objet du droit ou de la liberte en question doit etre determine en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la Charte elle-meme, des termes choisis pour enoncer ce droit ou cette liberte, des origines historiques des concepts enchasses et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertes et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la Charte . Comme on le souligne dans l'arret Southam , l'interpretation doit etre liberale plutot que formaliste et viser a realiser l'objet de la garantie et a assurer que les citoyens beneficent pleinement de la protection accordee par la Charte .

On nous invite donc a examiner l'objet de la Charte en general et du droit a la liberte en particulier.

223 La Charte est fondee sur une conception particuliere de la place de l'individu dans la societe. Un individu ne constitue pas une entite totalement coupee de la societe dans laquelle il vit. Cependant l'individu n'est pas non plus un simple rouage impersonnel d'une machine subordonnant ses valeurs, ses buts et ses aspirations a celles de la collectivite. L'individu est un peu les deux. La Charte exprime cette realite en laissant un vaste champ d'activites et de decisions au controle legitime du gouvernement, tout en fixant des bornes a l'etendue appropriee de ce controle. Ainsi, les droits garantis par la Charte erigent autour de chaque individu, pour parler metaphoriquement, une barriere invisible que l'Etat ne sera pas autorise a franchir. Le role des tribunaux consiste a delimitier, petit a petit, les dimensions de cette barriere.

224 La Charte et le droit a la liberte individuelle qu'elle garantit sont inextricablement lies a la notion de dignite humaine. Neil MacCormick, professeur de droit public et de droit naturel et international a l'Universite d'Edimbourg, dans son ouvrage intitule Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy (1982), parle de la liberte comme [TRADUCTION] "une condition

du respect de soi et de la satisfaction que procure la capacite de realiser sa propre conception d'une vie bien remplie, qui vaille la peine d'etre vecue" (a la p. 39). Il dit a la p. 41:

[TRADUCTION] Pouvoir decider ce qu'on veut faire et comment le faire, pour concretiser ses propres decisions, en en acceptant les consequences, me semble essentiel au respect de soi en tant qu'etre humain et essentiel pour parvenir a cette satisfaction. Ce respect de soi et cette satisfaction sont, a mon avis, des biens fondamentaux pour l'etre humain, la vie elle-meme ne valant la peine d'etre vecue qu'a la condition de les eprouver ou de les rechercher. L'individu auquel on refuserait deliberement la possibilite de parvenir au respect de lui-meme et a cette satisfaction se verrait prive de l'essence de son humanite.

225 Le juge en chef Dickson, dans l'arret R. c. Big M Drug Mart Ltd. , soutient le meme point de vue, a la p. 346:

Toutefois, il faut aussi remarquer que l'insistance sur la conscience et le jugement individuels est egalement au coeur de notre tradition politique democratique. La possibilite qu'a chaque citoyen de prendre des decisions libres et eclairees constitue la condition sine qua non de la legitimité, de l'acceptabilite et de l'efficacite de notre systeme d'auto-determination. C'est precisement parce que les droits qui se rattachent a la liberte de conscience individuelle se situent au coeur non seulement des convictions fondamentales quant a la valeur et a la dignite de l'etre humain, mais aussi de tout systeme politique libre et democratique, que la jurisprudence americaine a insiste sur la primauté ou la preeminence du Premier amendement. A mon avis, c'est pour cette meme raison que la Charte canadienne des droits et libertes parle de libertes << fondamentales >>. Celles-ci constituent le fondement meme de la tradition politique dans laquelle s'insere la Charte .

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

Un second element contextuel d'interpretation de l'article premier est fourni par l'expression << societe libre et democratique >>. L'inclusion de ces mots a titre de norme finale de justification de la restriction des droits et libertes rappelle aux tribunaux l'objet meme de l'enchassement de la Charte dans la Constitution: la societe canadienne doit etre libre et democratique. Les tribunaux doivent etre guides par des valeurs et des principes essentiels a une societe libre et democratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignite inherente de l'etre humain, la promotion de la justice et de l'egalite sociales, l'acceptation d'une grande diversite de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la societe. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une societe libre et democratique sont a l'origine des droits et libertes garantis par la Charte et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit etablir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberte constitue, malgre

son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.

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

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

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

Je crois que les rédacteurs de la Constitution en garantissant la « liberté » en tant que valeur fondamentale d'une société libre et démocratique, avaient à l'esprit la liberté pour l'individu de se développer et de réaliser son potentiel au maximum, d'établir son propre plan de vie, en accord avec sa personnalité; de faire ses propres choix, pour le meilleur ou pour le pire, d'être non conformiste, original et même excentrique, d'être, en langage courant, « lui-même » et d'être responsable en tant que tel. John Stuart Mill décrit cela ainsi: [TRADUCTION] « rechercher notre propre bien, à notre façon ». Nous devrions, pensait-il, être libre de le faire « dans la mesure où nous ne tentons pas de priver les autres du leur, ni d'entraver leurs efforts pour y parvenir ». Il ajoutait:

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

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

229 Cette conception de la portée qu'il convient de donner au droit à la liberté sous le régime de notre Charte est conforme à la jurisprudence américaine sur le sujet. Quoiqu'il faille sans doute prendre garde d'appliquer mécaniquement des concepts élaborés dans des contextes culturels et constitutionnels différents,

je souscris a l'observation que fait le juge Estey dans l'arret *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357 , aux pp. 366 et 367:

La Loi constitutionnelle de 1982 apporte une nouvelle dimension, un nouveau critere d'equilibre entre les individus et la societe et leurs droits respectifs, une dimension qui, comme l'equilibre de la Constitution, devra etre interpretee et appliquee par la Cour.

Les tribunaux americains ont presque deux cents ans d'experience dans l'accomplissement de cette tache, et l'analyse de leur experience offre plus qu'un interet passager pour ceux qui s'interessent a cette nouvelle evolution au Canada.

230 Des les annees 20, la Cour supreme des Etats-Unis a eu recours au Cinquieme et au Quatorzieme amendements de la Constitution americaine pour accorder aux parents une certaine latitude dans l'education de leurs enfants. Dans l'arret *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923), la Cour a annule une loi interdisant l'enseignement, quelle que soit la matiere, dans une langue autre que l'anglais. Dans l'arret *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925), une loi de l'Oregon obligeant tous les << enfants normaux >> a frequenter l'ecole publique, et leur interdisant par le fait meme la frequentation d'une ecole privee, a ete jugee inconstitutionnelle. Dans l'arret *Pierce* , aux pp. 534 et 535, la Cour a qualifie l'interet auquel on portait atteinte comme etant [TRADUCTION] << la liberte des parents et tuteurs de diriger l'education des enfants dont ils ont la garde et l'enseignement qui leur est donne >>.

231 Le caractere sacre de la famille a ete souligne par l'arret *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942), ou la Cour supreme a invalide la loi d'un Etat qui autorisait la sterilisation des individus reconnus coupables de deux ou plusieurs crimes impliquant la turpitude morale. Quoique la loi ait ete annulee parce qu'elle violait la clause de l'egale protection de la loi etablie par le Quatorzieme amendement, voici ce que la Cour a dit de l'interet en cause: [TRADUCTION] "Nous avons affaire ici a une loi qui touche aux droits civils fondamentaux de l'homme. Le mariage et la procreation sont fondamentaux pour l'existence et la survie memes de la race" (a la p. 541).

232 Ulterieurement, la Cour supreme a ete appelee a statuer sur la constitutionnalite d'une loi du Connecticut interdisant aux gens maries d'utiliser des contraceptifs. Dans l'arret *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), la majorite a juge cette loi invalide. Les juges qui ont ecrit au nom de la majorite ont emprunte diverses voies constitutionnelles pour arriver a cette conclusion, mais le denominateur commun semble avoir ete une profonde apprehension que l'application de la loi exige une incursion dans le foyer conjugal. La Cour supreme a interprete l'arret *Griswold* dans une affaire ulterieure, *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972), ou elle a dit, a la majorite, a la p. 453:

[TRADUCTION] Il est vrai que dans l'arret *Griswold* le droit a la vie privee en cause a ete considere comme inherent a la relation conjugale. Neanmoins le couple marie n'est pas une entite independante dotee d'un esprit et d'un coeur distincts, mais une association de deux individus, chacun pourvu de

caracteristiques intellectuelles et emotionnelles distinctes. Si le droit a la vie privee signifie quelque chose, c'est bien le droit de l'individu , marie ou celibataire, d'etre libre de toute intrusion gouvernementale injustifiee dans des domaines touchant si fondamentalement a la personne, comme la decision de porter ou de mettre au monde un enfant.

Dans l'arret Eisenstadt , la Cour a annule une loi du Massachusetts qui interdisait la distribution de toute drogue a des fins de contraception aux gens non maries pour le motif qu'elle violait la clause de l'egale protection de la loi.

233 La Cour supreme a aussi eu recours a la clause de l'egale protection de la loi dans l'arret Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967), pour invalider une loi qui avait pour objet d'interdire les mariages raciaux mixtes. La Cour a lie sa decision a la jurisprudence anterieure qui protegeait les choix fondamentaux en matiere de vie familiale. Elle dit, a la p. 12: [TRADUCTION] << La liberte de se marier est reconnue depuis longtemps comme l'un des droits vitaux personnels essentiels a la recherche methodique du bonheur par les hommes libres. Le mariage est l'un des << droits civils fondamentaux de l'homme >>, le fondement de notre existence et de notre survie memes ... [La] liberte de se marier ... reside chez l'individu >>. Ainsi, en quelque sorte par accretion, l'etendue du droit des individus de prendre des decisions fondamentales concernant leur vie privee a ete elaboree cas par cas aux Etats-Unis. Les dimensions de la barriere ont ainsi ete progressivement definies.

234 Pour nos fins, les decisions concomitantes de la Cour supreme Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973), et Doe v. Bolton, 410 U.S. 179 (1973), constituent le developpement le plus interessant dans ce domaine du droit americain. Dans l'arret Roe v. Wade , la Cour a juge qu'une femme enceinte a le droit de decider d'interrompre ou non sa grossesse. Cette conclusion, a dit la majorite, etait imposee par le corps de droit existant qui interdit a l'Etat d'intervenir dans certaines decisions personnelles fondamentales telles l'enseignement donne aux enfants et leur education, la procreation, le mariage et la contraception. La Cour a conclu que le droit a la vie privee que l'on trouve dans la garantie de la liberte du Quatorzieme amendement [TRADUCTION] << ...est suffisamment large pour inclure la decision d'une femme d'interrompre ou non sa grossesse >> (a la p. 153).

235 Ce droit ne doit pas, toutefois, etre considere comme absolu. Parvenu a un certain point, les interets legitimes de l'Etat vis-a-vis de la protection de la sante, des normes medicales appropriees et de la vie foetale justifient de le restreindre. Dans son ouvrage intitule American Constitutional Law , 1978, Lawrence H. Tribe, professeur de droit a l'Universite Harvard, donne un resume commode des limites que la Cour a juge inherentes au droit de la femme. Je cite les pp. 924 et 925:

[TRADUCTION] Plus precisement, la Cour a juge que, puisque le droit de la femme de decider d'interrompre ou non une grossesse est fondamental, seul un interet superieur peut justifier une reglementation de l'Etat qui entraverait ce droit de quelque facon. Au cours du premier trimestre de la grossesse, alors que

l'avortement est moins dangereux pour la vie de la femme que mener la grossesse a terme le serait, tout ce que l'Etat peut exiger, c'est que l'avortement soit pratique par un medecin qualifie; aucune autre reglementation de l'avortement comme tel n'est imperieusement justifiee au cours de cette periode.

Apres le premier trimestre, l'interet superieur de l'Etat dans la sante de la mere l'autorise a adopter une reglementation raisonnable afin de favoriser des avortements sans danger; mais exiger que les avortements ne soient pratiques que dans des hopitaux, ou uniquement apres qu'un autre medecin ou comite aura donne son aval, outre le medecin de la femme, ne saurait etre autorise, car ce serait exiger que la procedure d'avortement suive une technique qui, si preferable soit-elle dans une optique medicale, n'est pas largement repandue.

Lorsque le foetus devient viable, en ce sens qu'il peut survivre a l'exterieur de l'uterus pourvu qu'on l'aide artificiellement, l'interet de l'Etat dans la preservation du foetus devient superieur et l'Etat peut alors interdire qu'on l'enleve prematurement (c.-a-d. le faire avorter) sauf pour preserver la vie ou la sante de la mere.

236 L'arret Roe v. Wade a ete reaffirme par la Cour supreme dans l'arret City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc., 462 U.S. 416 (1983), et aussi, quoique par une tres mince majorite, dans l'arret Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists, 106 S. Ct. 2169 (1986). Dans l'arret Thornburgh, le juge Blackmun, s'exprimant au nom de la majorite, cerne la valeur centrale que les tribunaux americains ont juge inherente a la notion de liberte. Il dit, aux pp. 2184 et 2185:

[TRADUCTION] Notre jurisprudence reconnaît depuis longtemps que la Constitution comporte la promesse qu'une certaine sphere privée de la liberte individuelle demeurera largement hors de portee du gouvernement ... [references omises]. Cette promesse vaut pour les femmes autant que pour les hommes. Peu de decisions sont aussi personnelles et intimes, aussi litteralement privees ou aussi fondamentales pour la dignite et l'autonomie individuelles que la decision prise par une femme - sur les conseils de son medecin et dans les limites indiquees dans l'arret Roe - d'interrompre ou non une grossesse. Le droit de la femme de faire ce choix librement est fondamental. Toute autre conclusion, a notre avis, protegerait inadquatement un aspect central de cette sphere de liberte que notre droit garantit egalement a tous.

237 A mon avis, le respect du pouvoir decisionnel de l'individu dans des domaines d'importance personnelle aussi fondamentaux que traduit la jurisprudence americaine nous renseigne aussi sur la Charte canadienne. D'ailleurs, comme le Juge en chef le rappelle dans l'arret R. c. Big M Drug Mart Ltd., la foi en la valeur et en la dignite humaines << constitue [...] le fondement meme de la tradition politique dans laquelle s'insere la Charte >>. Je conclus donc que le droit a la liberte enonce a l'art. 7 garantit a chaque individu une marge d'autonomie personnelle sur ses decisions importantes touchant intimement a sa vie privée.

238 La question devient alors de savoir si la decision que prend une femme

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

239 Il est probablement impossible pour un homme d'imaginer une réponse à un tel dilemme, non seulement parce qu'il se situe en dehors du domaine de son expérience personnelle (ce qui, bien entendu, est le cas), mais aussi parce qu'il ne peut y réagir qu'en l'objectivant et en éliminant par le fait même les éléments subjectifs de la psyché féminine qui sont au cœur du dilemme. Comme Noreen Burrows, maître de conférence en droit européen à l'Université de Glasgow, le fait observer dans son essai "International Law and Human Rights: the Case of Women's Rights", dans *Human Rights: From Rhetoric to Reality* (1986), l'histoire du combat pour les droits de la personne, du dix-huitième siècle à aujourd'hui, est l'histoire des hommes qui ont lutté pour affirmer leur dignité et leur commune humanité contre un appareil d'État autoritaire. Plus récemment, la lutte pour la reconnaissance des droits des femmes a été un combat contre la discrimination, pour que les femmes trouvent une place dans un monde d'hommes, pour élaborer un ensemble de réformes législatives afin de placer les femmes sur le même pied que les hommes (aux pp. 81 et 82). Il ne s'agit pas d'une lutte pour définir les droits des femmes par rapport à leur position particulière dans la structure sociale et par rapport à la différence biologique entre les deux sexes. Ainsi les besoins et les aspirations des femmes se traduisent seulement aujourd'hui en des droits garantis. Le droit de se reproduire ou de ne pas se reproduire, qui est en cause en l'espèce, est l'un de ces droits et c'est à raison qu'on le considère comme faisant partie intégrante de la lutte contemporaine de la femme pour affirmer sa dignité et sa valeur en tant qu'être humain.

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

b) Le droit à la sécurité de sa personne

241 L'article 7 de la Charte garantit aussi a chacun le droit a la securite de sa personne. Cela va-t-il, comme le pretend Me Manning, jusqu'au droit a la maitrise de son propre corps?

242 Je suis d'accord avec le Juge en chef et le juge Beetz pour dire que le droit de chacun a << la securite de sa personne >> garanti par l'art. 7 de la Charte protege a la fois l'integrite physique et psychologique de la personne. Les traitements medicaux ou chirurgicaux imposes par l'Etat viennent tout de suite a l'esprit comme exemples d'atteintes manifestes a l'integrite corporelle. Le juge Lamer a conclu dans l'arret Mills c. La Reine, [1986] 1 R.C.S. 863 , qu'aux termes du droit a la securite de la personne on avait aussi le droit d'etre protege contre le traumatisme psychologique: dans cette affaire, le traumatisme psychologique resultait du retard a etre juge au sens de l'al. 11b ) de la Charte

. Il a conclu que le traumatisme psychologique pouvait prendre pour forme << la stigmatisation de l'accuse, l'atteinte a la vie privee, la tension et l'angoisse resultant d'une multitude de facteurs, y compris eventuellement les perturbations de la vie familiale, sociale et professionnelle, les frais de justice et l'incertitude face a l'issue et face a la peine >>. Je partage l'opinion de mon collegue et j'estime ses commentaires particulierement appropries en l'espece car, comme le Juge en chef et le juge Beetz le soulignent, la structure legislative actuelle d'obtention d'un avortement soumet clairement les femmes enceintes a une tension emotionnelle considerable ainsi qu'a un risque physique inutile. Je crois neanmoins que la faille dans la structure legislative actuelle est beaucoup plus profonde. Essentiellement, ce qu'elle fait, c'est affirmer que la capacite de reproduction de la femme ne doit pas etre soumise a son propre controle. Elle doit etre soumise au controle de l'Etat. On ne lui permet pas de choisir d'exercer la capacite qui est la sienne ou de ne pas l'exercer. A mon avis, il ne s'agit pas seulement d'une entrave a son droit a la liberte au sens (deja analyse) de son droit a son autonomie decisionnelle personnelle, c'est aussi une atteinte a sa << personne >> physique. Elle est litteralement traitee comme un moyen, un moyen pour une fin qu'elle ne desire pas et qu'elle ne controle pas. Elle subit une decision prise par d'autres sur l'eventuelle utilisation de son corps pour alimenter une nouvelle vie. Que peut-il y avoir de moins compatible avec la dignite humaine et le respect de soi? Comment une femme dans cette situation peut-elle entretenir un quelconque sentiment de securite a l'egard de sa personne? Je crois que l'art. 251 du Code criminel prive la femme enceinte a la fois de son droit a la securite de sa personne et de son droit a la liberte.

## 2. La portee du droit garanti par l'art. 7

243 J'examine maintenant le degre d'autonomie personnelle dont jouit la femme enceinte en vertu de l'art. 7 de la Charte , lorsqu'elle a a prendre la decision de se faire avorter ou non ou, pour situer la question dans son cadre legislatif, jusqu'a quel point le legislature peut refuser a la femme enceinte de se faire avorter sans violer le droit que lui garantit l'art. 7. Ceci amene a examiner dans quelle mesure le legislature peut y << porter atteinte >>, dans son cas, en vertu du second volet de l'art. 7 et dans quelle mesure il peut le restreindre par des << limites >> en vertu de l'article premier.

## a) Les principes de justice fondamentale

244 L'article 251 prive-t-il les femmes de leur droit a la liberte et a la securite de leur personne << en conformite avec les principes de justice fondamentale >>? Je partage l'opinion du juge Lamer lorsqu'il dit, dans le Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B., [1985] 2 R.C.S. 486 , a la p. 513, en parlant des principes de justice fondamentale, << on ne peut donner a ces mots un contenu exhaustif ou une simple definition par enumeration; ils prendront un sens concret au fur et a mesure que les tribunaux etudieront des allegations de violation de l'art. 7. >> Dans le meme arret, le juge Lamer dit aussi, a la p. 503:

En d'autres mots, les principes de justice fondamentale se trouvent dans les preceptes fondamentaux de notre systeme juridique. Ils relevent non pas du domaine de l'ordre public en general, mais du pouvoir inherent de l'appareil judiciaire en tant que gardien du systeme judiciaire. Cette facon d'aborder l'interpretation de l'expression << principes de justice fondamentale >> est conforme a la lettre et a l'economie de l'art. 7, au contexte de cet article, c.-a-d. les art. 8 a 14, ainsi qu'a la nature et aux objets plus generaux de la Charte elle-meme. Elle donne de la substance aux droits garantis par l'art. 7 tout en evitant de trancher des questions de politique generale.

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

245 Les commentaires du juge La Forest dans l'arret R. c. Lyons, [1987] 2 R.C.S. 309 , vont dans le sens de cette conception de l'art. 7. Il invite a ne pas interpreter les droits enchasses dans la Charte isolement. Au contraire, dit-il a la p. 326:

...la Charte sert a sauvegarder un ensemble complexe de valeurs interreliees, dont chacune constitue un element plus ou moins fondamental de la societe libre et democratique qu'est le Canada (R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103 , a la p. 136), et la specification des droits et libertes dans la Charte represente en consequence une tentative quelque peu artificielle, quoique necessaire et intrinsequement valable, de structurer et d'orienter l'expression judiciaire de ces memes droits et libertes. La necessite d'une analyse structuree ne devrait toutefois pas nous amener a perdre de vue l'importance que revet la maniere dont l'elargissement de la portee de chaque droit et liberte enonce donne sens et forme a notre comprehension du systeme de valeurs que vise a proteger la Charte dans son ensemble et, en particulier, a notre comprehension de la portee des autres droits et libertes qu'elle garantit.

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

246 A mon avis, l'atteinte au droit confere par l'art. 7 qui nous interesse en l'espece enfreint l'al. 2a ) de la Charte . Si je dis ceci, c'est que je crois que la decision d'interrompre ou non une grossesse est essentiellement une decision morale, une question de conscience. Je ne pense pas qu'on le conteste ni puisse le contester. La question qui se pose est donc: quelle conscience? La conscience de la femme doit-elle prevaloir sur la conscience de l'Etat? Je crois, pour les raisons que j'ai donnees dans mon analyse du droit a la liberte, que dans une societe libre et democratique ce doit etre la conscience de l'individu. D'ailleurs l'al. 2a ) dit clairement que cette liberte c'est celle de "chacun", c.-a-d. de chacun de nous pris individuellement. Je cite l'alinéa pour plus de commodite:

2 . Chacun a les libertes fondamentales suivantes:

a) liberte de conscience et de religion;

247 Dans l'arret R. c. Big M Drug Mart Ltd. , precite, le juge en chef Dickson fait preuve d'une grande perspicacite dans ses commentaires sur la nature du droit enchasse a l'al. 2a ) de la Charte , aux pp. 345 a 347:

Toutefois, suivant le mouvement amorce a l'epoque du Commonwealth ou de l'Interregne par la faction dite << independante >> au sein du parti parlementaire, bien des gens, meme parmi les adeptes des croyances fondamentales de la religion dominante, ont fini par s'opposer a ce que le pouvoir coercitif de l'Etat soit utilise pour assurer l'obeissance a des preceptes religieux et pour extirper les croyances non conformistes. Il s'agissait, a ce moment-la, non plus d'une opposition fondee simplement sur la conviction que l'Etat imposait l'observance des mauvaises croyances et pratiques, mais d'une opposition fondee sur le sentiment que la croyance elle-meme n'etait pas quelque chose qui pouvait etre impose. Toute tentative d'imposer l'observance de croyances et de pratiques constituait un deni de la realite de la conscience individuelle et deshonorait le Dieu qui en avait dote Ses creatures. Voila donc comment les concepts de la liberte de religion et de la liberte de conscience se sont rattaches pour former, comme c'est le cas a l'al. 2a ) de notre Charte , une seule et unique notion qui est la << liberte de conscience et de religion >>.

Les libertes enoncees dans le Premier amendement de la Constitution des Etats-Unis, a l'al. 2a ) de la Charte et dans les dispositions d'autres documents relatifs aux droits de la personne ont en commun la preeminence de la conscience individuelle et l'inopportunité de toute intervention gouvernementale visant a forcer ou a empecher sa manifestation . L'arret Hunter c. Southam Inc. precite, precise a la p. 155, que la Charte a pour objet << la protection constante des droits et libertes individuels >>. On voit facilement le rapport entre le respect de la conscience individuelle et la valorisation de la dignite humaine qui motive cette protection constante.

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

Vu sous cet angle, l'objet de la liberté de conscience et de religion devient évident. Les valeurs qui sous-tendent nos traditions politiques et philosophiques exigent que chacun soit libre d'avoir et de manifester les croyances et les opinions que lui dicte sa conscience, à la condition notamment que ces manifestations ne lésent pas ses semblables ou leur propre droit d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles.

Historiquement, la foi et la pratique religieuses sont, à bien des égards, des archétypes des croyances et manifestations dictées par la conscience et elles sont donc protégées par la Charte. La même protection s'applique, pour les mêmes motifs, aux expressions et manifestations d'incrédulité et au refus d'observer les pratiques religieuses. Il se peut que la liberté de conscience et de religion outrepassé ces principes et qu'elle ait pour effet d'interdire d'autres sortes d'ingérences gouvernementales dans les affaires religieuses. Aux fins de la présente espèce, il me paraît suffisant d'affirmer que, quels que soient les autres sens que peut avoir la liberté de conscience et de religion, elle doit à tout le moins signifier ceci: le gouvernement ne peut, dans un but sectaire, contraindre des personnes à professer une foi religieuse ou à pratiquer une religion en particulier. Je ne me prononce pas ici sur la question de savoir dans quelle mesure, s'il y a lieu, le gouvernement peut, en vue de réaliser un intérêt ou un objectif essentiel, exercer une coercition qui pourrait par ailleurs être interdite par l'al. 2a). [Je souligne.]

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

249 Comme l'a fait observer Cyril E.M. Joad, à l'époque chef du département

de philosophie et de psychologie au Birkbeck College de l'Universite de Londres, dans Guide to the Philosophy of Morals and Politics (1938), le role de l'Etat dans une democratie consiste a creer les conditions de base qui permettent aux citoyens, pris individuellement, de chercher les valeurs ethiques qui a leurs yeux sous-tendent une vie de bien. Il dit, a la p. 801:

[TRADUCTION] Car le bien de l'Etat n'est rien sans le bien des citoyens qui le composent. Il est sans doute vrai qu'un Etat dont les citoyens sont forces de suivre le droit chemin est plus efficace que celui ou les citoyens sont libres de s'en ecarter. Et alors? Sacrifier la liberte dans l'interet de l'efficacite, c'est sacrifier ce qui donne aux etres humains leur humanite. Sans doute est-il facile de regenter un troupeau de moutons; mais il n'y a alors aucune gloire a gouverner et, si les moutons sont nes hommes, guere de vertu chez les moutons.

Le professeur Joad souligne encore, a la p. 803, que les individus dans une societe democratique ne peuvent jamais etre traites [TRADUCTION] << comme un simple moyen pour des fins qui les dépassent >>, car:

[TRADUCTION] Au droit de l'individu d'etre traite comme une fin, qui comporte son droit au plein developpement et a la pleine expression de sa personnalite, tous les autres droits et pretentions doivent, pretend le democrate, etre subordonnes. Je ne sais comment defendre ce principe, tout comme je ne saurais concevoir une defense des principes democratiques et de la liberte.

Le professeur Joad souligne que l'essence d'une democratie est sa reconnaissance du fait que l'Etat est fait pour l'homme et non l'homme pour l'Etat (a la p. 805). Il rejette fermement la notion que la science fournit un fondement pour subordonner l'individu a l'Etat. Il dit, aux pp. 805 et 806:

[TRADUCTION] Les etres humains, dit-on, ne sont importants que dans la mesure ou ils s'insèrent dans une structure biologique ou contribuent au processus evolutif. Ainsi chaque generation de femmes doit accepter comme unique fonction de produire les enfants qui formeront la generation suivante et qui, a leur tour, consacreront leur vie et sacrifieront leurs inclinations a la tache de produire une autre generation, et ainsi de suite, ad infinitum . C'est la la doctrine de l'eternel sacrifice. << Confiture demain et confiture hier, mais jamais confiture aujourd'hui >>. Car, pourrait-on demander, pour quelle fin ces generations sont-elles produites, a moins que les individus qui les composent ne soient valorises en eux-memes et pour eux-memes, et deviennent, en fait, des fins en eux-memes? On ne peut echapper a la doctrine du cycle perpetuel des generations n'ayant de valeur que dans la mesure ou elles produisent d'autres generations, a la subordination perpetuelle des citoyens, qui n'auraient de valeur que dans la mesure ou ils favorisent les interets de l'Etat auquel ils sont subordonnes, si ce n'est dans la doctrine individualiste, qui est aussi la doctrine chretienne, que l'individu est une fin en lui-meme.

250 Il me semble donc que, dans une societe libre et democratique, la "liberte de conscience et de religion" devrait etre interpretee largement et s'etendre aux croyances dictees par la conscience, qu'elles soient fondees sur la religion ou sur une morale laique. D'ailleurs, sur le plan de l'interpretation

legislative, les termes "conscience" et "religion" ne devraient pas être considérés comme tautologiques quand ils peuvent avoir un sens distinct, quoique reliés. Par conséquent, lorsque l'État prend parti sur la question de l'avortement, comme il le fait dans la loi contestée en incriminant l'exercice par la femme enceinte d'une de ses options, non seulement il adopte mais aussi il impose, sous peine d'une autre perte de liberté par emprisonnement, une opinion dictée par la conscience des uns aux dépens d'une autre. C'est nier la liberté de conscience à certains, les traiter comme un moyen pour une fin, les priver, selon le mot du professeur MacCormick, de "l'essence de leur humanité". Est-ce compatible avec la justice fondamentale? Le juge Blackmun n'a-t-il pas raison quand il dit dans l'arrêt Thornburgh, précité, à la p. 2185:

[TRADUCTION] Le droit de la femme de faire ce choix librement est fondamental. Toute autre conclusion [...] protégerait inadéquatement un aspect central de cette sphère de liberté que notre droit garantit également à tous.

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

b) L'article premier de la Charte

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

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.

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

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

droit ou une liberté garantis par la Charte et l'objectif reconnu comme << suffisamment important >>.

L'article 251 répond-il à ce critère?

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

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

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

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

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

256 Me Wein a fait valoir qu'il n'était de même pas nécessaire qu'en l'espèce la Cour décide du moment où commence la vie quoiqu'elle ait reconnu que la valeur attribuée à une "vie potentielle" devait être prise en compte dans l'évaluation de l'importance de l'objectif législatif recherché par l'art. 251. Je serais d'avis, et je pense que ce point de vue est compatible avec la position prise par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Roe v. Wade*, que la valeur attribuée au fœtus en tant que vie potentielle est directement reliée au stade de son développement au cours de la grossesse. Le fœtus au stade embryonnaire

provient d'un ovule nouvellement fécondé; le fœtus totalement développé devient définitivement un nouveau-né. Le développement progresse entre ces deux extrêmes et, à mon avis, cette progression influe directement sur la valeur à attribuer au fœtus en tant que vie potentielle. Il ressort en fait de l'expérience humaine qu'une fausse-couche ou un avortement spontané du fœtus à six mois cause un chagrin et une épreuve beaucoup plus grande qu'une fausse-couche ou un avortement spontané à six jours ou même à six semaines. Ceci ne revient évidemment pas à nier que le fœtus soit une vie potentielle dès le moment de la conception. De fait, je suis d'accord avec le commentaire du juge O'Connor, dissidente, dans l'affaire *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*, précitée, à la p. 461 (cité par le juge Beetz dans ses motifs, à la p. 113) que le fœtus est une vie potentielle dès le moment de la conception. Cela revient simplement à dire qu'en soupesant l'intérêt qu'a l'État à protéger le fœtus en tant que vie potentielle en vertu de l'article premier de la Charte et le droit de la femme enceinte en vertu de l'art. 7, un plus grand poids devrait être donné à l'intérêt de l'État dans les derniers stades de la grossesse que dans les premiers. On devrait donc considérer le fœtus, aux fins de l'article premier, en termes de développement et de phases: voir L.W. Sumner, professeur de philosophie à l'Université de Toronto, *Abortion and Moral Theory* (1981), aux pp. 125 à 128.

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

258 L'article 251 du Code criminel enlève cette décision à la femme à tous les stades de la grossesse. C'est une dénégation complète du droit constitutionnellement garanti à la femme par l'art. 7, non une simple limitation de celui-ci. L'article ne saurait, à mon avis, répondre au critère de proportionnalité de l'arrêt *Oakes*. Il n'est pas suffisamment adapté à l'objectif

legislatif et ne porte pas atteinte au droit de la femme << le moins possible >>. Il ne saurait être sauvegardé en vertu de l'article premier. Par conséquent, même si l'article devait être modifié pour remédier aux vices de procédure de la structure législative dont ont parlé le Juge en chef et le juge Beetz, il demeurerait, à mon avis, inconstitutionnel.

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

### 3. Dispositif

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

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

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

Solicitors of record:

Procureur des appelants: Morris Manning, Toronto.

Procureur de l'intime: Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant: Frank Iacobucci, Ottawa.