

R. c. Morgentaler

**Sa Majesté la Reine,**  
Appelante

c.

**Henry Morgentaler,**

Intimé

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Nouveau-Brunswick, REAL  
Women of Canada et l'Association canadienne pour le droit à l'avortement,  
Intervenants

Cour Suprême du Canada

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier,  
Cory, McLachlin, Iacobucci et Major

Judgment: 4 février 1993

Judgment: 30 septembre 1993

Version française du jugement de la Cour rendu par Le juge Sopinka:

## Introduction

1 Dans le présent pourvoi, il s'agit de décider si la Medical Services Act de la Nouvelle-Ecosse, R.S.N.S. 1989, ch. 281, et son règlement d'application, N.S. Reg. 152/89, excèdent les pouvoirs de la province de la Nouvelle-Ecosse parce qu'ils ressortissent, de par leur caractère véritable, au droit criminel. Selon la Loi et le règlement, le fait de pratiquer un avortement ailleurs que dans un hôpital constitue une infraction.

2 Entre le 26 octobre et le 2 novembre 1989, l'intime a pratiqué 14 avortements à sa clinique de Halifax. Il a été inculqué, sous 14 chefs, d'infractions à la Medical Services Act. Il a été acquitté, le juge du procès concluant que la loi en vertu de laquelle les accusations avaient été portées échappait à la compétence législative de la province parce qu'elle ressortissait, de par son caractère véritable, au droit criminel. La Cour d'appel de la Nouvelle-Ecosse a confirmé cette décision. Le ministère public en appelle de cet arrêt avec l'autorisation de notre Cour.

Les faits et les textes législatifs

3 En janvier 1988, notre Cour a décide que les dispositions du Code criminel relatives a l'avortement taient inconstitutionnelles parce qu'elles portaient atteinte au droit des femmes a la securite de leur personne garanti par la Charte: R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30 (Morgentaler (1988)). En meme temps, la Cour a confirme sa decision anterieure selon laquelle les dispositions constituaient un exercice valide du pouvoir federal en matiere de droit criminel: Morgentaler c. La Reine, [1976] 1 R.C.S. 616 (Morgentaler (1975)). L'arret de 1988 signifiait que l'avortement n'etait plus regi par le droit criminel. Ne constituait plus une infraction le fait d'obtenir ou de pratiquer un avortement dans une clinique comme celles de l'intime. Un an plus tard, en janvier 1989, la rumeur voulait, en Nouvelle-Ecosse, que l'intime ait l'intention d'etablir une clinique d'avortement autonome a Halifax. Par la suite, l'intime a confirme publiquement son intention.

4 Le 16 mars 1989, le gouvernement de la Nouvelle-Ecosse a pris des mesures pour empecher le Dr Morgentaler de realiser son intention. Le gouverneur en conseil a approuve deux reglements identiques, l'un en application de la Health Act, R.S.N.S. 1989, ch. 195 (N.S. Reg. 33/89), l'autre sous le regime de la Hospitals Act, R.S.N.S. 1989, ch. 208 (N.S. Reg. 34/89), qui interdisaient de pratiquer un avortement ailleurs que dans un hopital approuve au sens de la Hospitals Act. En meme temps, il a pris un reglement (N.S. Reg. 32/89) en application de la Health Services and Insurance Act, R.S.N.S. 1989, ch. 197, excluant l'assurancemaladie pour les avortements pratiques ailleurs que dans les hopitaux. Ces reglements sont appeles collectivement les << reglements de mars >>.

5 Le 8 mai 1989, l'un des intervenants en l'espece, l'Association canadienne pour le droit a l'avortement (ACDA) a attaque devant les tribunaux la constitutionnalite des reglements de mars. L'affaire a ete mise au role du 22 juin 1989. L'action a ete ajournee, une fin de non-recevoir ayant par la suite ete opposee a la demanderesse parce qu'elle n'avait pas la qualite pour agir, surtout parce que les memes questions seraient tranchees dans le present pourvoi: Canadian Abortion Rights Action League Inc. c. Nova Scotia (Attorney General) (1990), 96 N.S.R. (2d) 284 (S.A.), conf. (1989), 93 N.S.R. (2d) 197 (1re inst.), autorisation de pourvoi refusee, [1990] 2 R.C.S. v.

6 La contestation judiciaire des reglements de mars par l'ACDA etait encore en instance le 6 juin 1989 quand le ministre de la Sante et de la Condition physique a presente le projet de la Medical Services Act en premiere lecture. Le projet de loi a franchi rapidement toutes les etapes. Il a reeu la troisieme lecture et la sanction royale le 15 juin, dernier jour de la session. Voici les parties pertinentes de la Loi:

[TRADUCTION] 2 La presente loi a pour objet d'interdire la privatisation de certains services medicaux afin que soit maintenu un seul systeme de sante de qualite superieure pour tous les habitants de la Nouvelle-Ecosse.

3 Les definitions qui suivent s'appliquent a la presente loi:

a) << service medical designe >> Service medical designe conformement au

reglement;

.....

4 Nul ne doit fournir un service medical designe ailleurs que dans un hopital approuve en conformite avec la Hospitals Act ni aider a la fourniture d'un tel service.

5 Par derogation a la Health Services and Insurance Act, les personnes qui fournissent des services medicaux en contravention de la presente loi, et celles a qui ils sont fournis, n'ont pas droit au remboursement prevu dans cette loi.

6 (1) Quiconque contrevient a la presente loi est coupable d'une infraction et passible, sur declaration de culpabilite par procedure sommaire, d'une amende d'au moins dix mille dollars et d'au plus cinquante mille dollars.

.....

7 Malgre les autre dispositions de la presente loi, si des services medicaux designes sont fournis en contravention de la presente loi, le ministre peut, a tout moment, demander a un juge de la Cour supreme de decerner une injonction et le juge peut rendre toute autre ordonnance qu'il estime necessaire en l'espece.

8 (1) Le gouverneur en conseil, sur la recommandation du ministre, peut prendre un reglement

a) apres que le ministre a consulte l'ordre des medecins de la Nouvelle-Ecosse, designant des services medicaux pour l'application de la presente loi;

.....

L'ordre des medecins a ete consulte apres l'adoption de la Loi et une liste definitive de services medicaux a ete dresse. Le 20 juillet 1989, le Medical Services Designation Regulation, N.S. Reg. 152/89, a ete pris, designant les services medicaux qui suivent, pour l'application de la Loi:

[TRADUCTION]

a) arthroscopie

b) coloscopie (il est entendu que cet examen n'est pas fait au moyen du sigmoidoscope flexible)

c) endoscopie de l'appareil gastro-intestinal superieur

d) avortement, y compris l'avortement thérapeutique, mais à l'exclusion des services d'urgence reliés à l'avortement spontané ou à des complications découlant d'un avortement pratiqué antérieurement

e) lithotripié

f) liposuction

g) médecine nucléaire

h) installation ou enlèvement de lentilles intraoculaires

i) électromyographie, y compris l'examen de la conduction nerveuse

Les règlements de mars ont été abrogés le même jour par le règlement N.S. Reg. 149-151/89. L'alinéa d) du nouveau règlement a reconduit l'interdiction de pratiquer un avortement ailleurs que dans un hôpital. L'article 5 de la Loi a reconduit l'exclusion de l'assurance-maladie pour les avortements pratiqués en contravention de l'interdiction.

7 Malgré ces actions, le Dr Morgentaler a ouvert sa clinique à Halifax comme prévu. Au début, la clinique n'a offert que des consultations et a renvoyé les patientes à la clinique montrealaise du Dr Morgentaler. Toutefois, le 26 octobre 1989, le Dr Morgentaler a défié les textes législatifs néo-écossais en pratiquant sept avortements. Il l'a annoncé lors d'une conférence de presse plus tard le même jour. Plusieurs jours plus tard, il a pratiqué sept autres avortements. Il a été inculpé, sous 14 chefs, de fourniture illégale d'un service médical désigné, savoir des avortements, ailleurs que dans un hôpital approuvé sous le régime de la Hospitals Act, infraction prévue à l'art. 6 de la Medical Services Act. Le Dr Morgentaler a fait part publiquement de sa détermination à poursuivre ses activités en contravention de la Loi et, le 6 novembre 1989, le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a obtenu une injonction provisoire en vertu de l'art. 7 de la Loi lui interdisant de la violer de nouveau en attendant l'issue de l'instance concernant les inculpations et la contestation constitutionnelle: Nova Scotia (Attorney General) c. Morgentaler (1989), 64 D.L.R. (4th) 297 (C.S.N.-E. 1<sup>re</sup> inst.), conf. par (1990), 69 D.L.R. (4th) 559 (C.S.N.-E.S.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1990] 2 R.C.S. ix.

8 Au procès en juin 1990, le Dr Morgentaler n'a pas nié avoir pratiqué les avortements allégués. Il a soutenu plutôt que la Loi et le règlement étaient incompatibles avec la Constitution du Canada et, par conséquent, inopérants parce qu'ils violaient les droits des femmes à la sécurité de leur personne et leurs droits à l'égalité, qui sont garantis par la Charte, et qu'ils constituaient un empiétement inconstitutionnel sur le champ de compétence exclusif du Parlement fédéral en matière criminelle. Il a également affirmé que le règlement était un abus de pouvoir discrétionnaire de la part du conseil des ministres provincial et que celui-ci avait donc excédé sa compétence.

Les juridictions inférieures

A. La Cour provinciale de la Nouvelle-Ecosse (1990), 99 N.S.R. (2d) 293

9 Le juge Kennedy a decide d'etudier en premier la question de la repartition des pouvoirs et, cela fait, il a juge inutile de pousser plus loin l'analyse. Il a conclu que [Traduction] << l'interdiction et la reglementation de l'avortement ont toujours ete et restent des questions de droit criminel dans notre pays >> et il a determine, a la p. 295:

[TRADUCTION] Il semble donc que, si l'interdiction ou la reglementation de l'avortement relevent du droit criminel et si le Parlement, en exereant validentement son pouvoir exclusif de legiferer sur le droit criminel, peut decider ce qui est criminel et ce qui ne l'est pas, alors la province de la Nouvelle-Ecosse, en limitant les avortements therapeutiques aux hopitaux, a empiete sur un domaine de competence federale.

Il a decide qu'il pouvait a juste titre aller au-dela de la teneur meme des textes legislatifs pour tenir compte de la preuve extrinseque de leur origine legislative en vue d'en determiner le caractere veritable. Il a conclu que le gouvernement de la Nouvelle-Ecosse avait appris en janvier 1989 que le Dr Morgentaler avait l'intention d'ouvrir une clinique d'avortement a Halifax. Il a examine la chronologie des faits posterieurs et conclu qu'ile tait raisonnable d'inferer que le gouvernement croyait que la Medical Services Act et le reglement lui permettraient d'atteindre le meme objectif que les reglements de mars. Il a fait observer que le gouvernement provincial a designe en 1987 une commission royale d'enquete chargee d'etudier les questions relatives aux soins de sante et de recommander une politique en la matiere, et que la Loi ae te votee avant que la commission ait presente son rapport, meme si le discours du Trone du 23 fevrier 1989 indiquait que le gouvernement attendait la publication du rapport. Le juge Kennedy a fait remarquer en outre que l'ordre des medecins n'avait ete consulte qu'apres l'adoption de la Loi et que, meme a ce moment-la, selon le president de l'ordre a l'epoque, la limitation de l'avortement n'etait pas negociable.

10 Le juge Kennedy a decide que la preuve des declarations et des discours faits devant l'assemblee legislative etait pertinente et admissible. Il a conclu que le ministre de la Sante avait dit ouvertement que la position de son gouvernement etait d'empecher l'implantation de cliniques d'avortement autonomes, en particulier celle du Dr Morgentaler, que la meme opinion etait repandue parmi les deputes des deux cotes qui ont participe au debat a l'assemblee legislative et que le Dr Morgentaler representait un << mal >> reconnu que les textes legislatifs cherchaient a corriger. Il a de plus tenu pour admissibles, encore qu'elles ne fussent pas decisives, les amendes importantes dont la Loi frappait les contrevenants (par. 6(1)).

11 Il a conclu que la Loi et le reglement ressortissaient, de par leur caractere veritable, au droit criminel [Traduction] << visant avant tout a controler et a limiter les avortements dans la province >> et << a empecher l'implantation de cliniques d'avortement autonomes et, particulierement, celle du Dr Morgentaler, en Nouvelle-Ecosse >> (a la p. 302). Les preoccupations de la province quant a la privatisation taient certes reelles, mais elles etaient

accessoires à l'objet primordial des textes législatifs. Étant donné cette conclusion, le juge Kennedy a acquitté l'intime. Il s'est abstenu d'examiner les questions relatives à la Charte; il ne le fera que si une cour d'appel le lui demande.

B. La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Section d'appel (1991), 104 N.S.R. (2d) 361

(1) Le juge Freeman (avec l'appui du juge en chef Clarke et des juges Hart et Chipman)

12 Le juge Freeman a décidé que, à la p. 363, la province avait l'autorité législative pour adopter une loi sous cette forme, mais que la question était de savoir s'il s'agissait de droit criminel déguisé, c'est-à-dire:

[TRADUCTION] ... si la province avait utilisé à bon droit [ses] pouvoirs et créé une loi relevant de sa compétence ou si elle avait à tort essayé d'utiliser le pouvoir fédéral de voter une loi qui, peu importe sa forme, relève en fait du droit criminel.

Il a conclu que l'objet et l'effet sont aussi pertinents l'un que l'autre par rapport à la qualification du sujet sur lequel porte une loi. Il a conclu que les textes législatifs faisaient effectivement double emploi avec l'art. 251 du Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'art. 287), article qui a été annulé par notre Cour dans l'arrêt Morgentaler (1988), précité. En revanche, il a aussi conclu que la Loi avait pour effet d'empêcher la privatisation et, comme ses effets pris isolément étaient peu concluants, il a examiné son objet de façon plus approfondie. Il a décidé que les débats législatifs étaient admissibles et pertinents quant au contexte et à l'objet des textes législatifs. Ils montraient que le gouvernement, en prenant les règlements de mars et en déposant la Loi, avait l'intention d'empêcher l'implantation de cliniques Morgentaler en Nouvelle-Écosse et que les députés des deux côtés de l'assemblée comprenaient que c'était la l'objet primordial des textes.

13 Le juge Freeman a concédé que la thèse selon laquelle l'objectif de la province était d'enrayer la privatisation des services de santé reposait sur des arguments valables, mais il n'était pas d'accord pour dire que c'était la l'objet principal des textes. Six facteurs l'ont amené à la conclusion opposée (aux pp. 376 et 377); il vaut la peine de les citer intégralement:

[TRADUCTION] 1. Avant le dépôt du projet de la Medical Services Act, le gouvernement n'avait pas précisé que son objectif était la privatisation des services médicaux. Il n'a pas été question de cet objectif dans le discours du Trône du 23 février 1989. On y mentionnait qu'on attendait la publication du rapport d'une commission royale d'enquête. Le décret constituant cette commission ne fait aucunement allusion à la privatisation.

2. Les << règlements de mars >> visaient manifestement les cliniques Morgentaler. Monsieur David Nantes, ministre de la Santé, l'a bien souligné quand il en a fait part à l'assemblée législative [...] La Medical Services Act a été

presentee a l'assemblee apres que les reglements de mars eurent ete attaques en justice. Elle a ete presentee le 6 juin 1989 et votee, a la hate, semble-t-il, le jour de la cloture de la session le 15 juin 1989. Les reglements de mars etaient englobes dans la Medical Services Act et dans son reglement d'application. N'etant plus necessaires, ils ont ete abroges le 20 juillet 1989, jour ou a ete pris le reglement en application de la Medical Services Act

3. Pour expliquer pourquoi il etait souhaitable d'eviter les embuches de la privatisation, le ministere public a insiste sur des considerations economiques. Le rapport de la commission royale d'enquete sur les couts des soins de sante etait attendu, comme le signalait le discours du Trone. En adoptant la Medical Services Act le 15 juin 1989, l'assemblee a choisi d'aller de l'avant sans avoir eu l'avantage de prendre connaissance des observations ou des recommandations de la commission royale d'enquete ...

4. La preuve du ministere public quant a la position officielle du gouvernement de la Nouvelle-Ecosse au chapitre de la privatisation a ete fournie par le temoignage de M. Malcom [un haut fonctionnaire] ... Le ministre de la Sante ou d'autres ministres auraient pu apporter la meilleure preuve relativement a l'objectif veritable de la Medical Services Act. Certes, M. Nantes a mis l'accent sur la privatisation en proposant la deuxieme lecture du projet de loi, mais ses propos devant l'assemblee au sujet des cliniques d'avortement ne laissaient aucun doute quant aux objectifs du gouvernement relativement a cette loi.

5. Le ministere de la Sante avait discute avec l'ordre des medecins de la Nouvelle-Ecosse de la possibilite de fournir davantage de soins de sante ailleurs que dans les hopitaux. L'ordre des medecins n'a pas ete consulte au sujet de la Loi avant qu'elle n'ait ete deposee. Les temoignages semblent indiquer que la Loi ne va pas dans le meme sens que les pourparlers.

6. Aux termes de l'art. 35 de la Health Services and Insurance Act, la peine pour la violation de la Loi ou du reglement est une amende maximale de 100 \$ en cas de premiere infraction, et de 200 \$, en cas de recidive. Sous le regime de la Hospitals Act, l'amende maximale est de 500 \$. La Medical Services Act prevoit une amende minimale de 10 000 \$ et une amende maximale de 50 000 \$. Il convient de noter que le ministere public a donne, a propos des amendes importantes prevues par cette loi, l'explication qui suit:

Les peines sont un moyen d'assurer le respect des lois provinciales. [...] Lorsqu'une personne est determinee, comme l'est le Dr Morgentaler, a exercer une activite commerciale lucrative - il demandait en moyenne 350 \$ par intervention (admission de faits) et prevoyait ouvrir sa clinique a Halifax deux jours par semaine (Transcription, a la p. 1165), ce qui donne 15 interventions par jour ou environ 10 000 \$ pour deux jours de travail - si l'amende n'est pas levee, elle n'assurera pas le respect de la loi. En l'espece, une amende de 10 000 \$ represente environ deux jours de travail pour le Dr Morgentaler. [Souligne par le juge Freeman.]

14 Le juge Freeman a tiré la conclusion suivante, à la p. 378:

[TRADUCTION] Bref, peu d'éléments de preuve relatifs à l'objet de la Medical Services Act donnent à penser que son objet principal était la privatisation, alors que de nombreux éléments montrent qu'elle a été conçue avant tout pour interdire les cliniques d'avortement du Dr Morgentaler. On se souviendra que son effet a été quelque peu équivoque: elle a eu un impact sur les cliniques d'avortement privées de la même manière que l'art. 251 du Code criminel, mais elle a eu aussi pour effet d'interdire la privatisation. Si l'on rapproche l'objet et l'effet de la Loi, en tenant compte du contexte qui forme l'ensemble des circonstances pertinentes, on doit forcément en arriver à une seule conclusion.

De par son caractère véritable, la Medical Services Act ressortit au droit criminel, comme l'a estimé le juge Kennedy. À ce titre, elle excède la compétence du gouvernement de la Nouvelle-Écosse; elle doit être annulée.

(2) Le juge Jones (dissident)

15 De l'avis du juge Jones, la question était [Traduction] «< simplement de savoir si la province a le pouvoir de réglementer les modalités des services médicaux et le lieu où ils peuvent être fournis dans la province >> (à la p. 378). Il a mentionné la compétence générale de la province sur les questions de santé, y compris sur les aspects non criminels de l'avortement, et après avoir examiné les termes de la Medical Services Act, il a conclu, à la p. 383:

[TRADUCTION] En l'absence de loi fédérale, la province a un intérêt légitime dans l'avortement pratiqué dans le bureau d'un médecin, s'il s'agit d'un acte jugé répréhensible par le public. De toute évidence, l'assemblée législative était de cet avis. Selon moi, de par son caractère véritable, la Loi a simplement pour objet de fixer en quel lieu ces services médicaux peuvent être fournis. Je ne vois aucune différence en principe entre une telle loi et une loi exigeant que les patients sideés ou les enfants maltraités soient traités dans les hôpitaux. Ce sont des questions qui relèvent de l'autorité des provinces en matière de santé publique. En conséquence, il n'appartient pas à notre Cour d'examiner les raisons qui soutiennent la loi.

Il a estimé que la théorie du détournement de pouvoir était inapplicable car en l'occurrence la province avait le pouvoir de légiférer sur le sujet: [Traduction] «< Une loi n'est pas susceptible de révision pour détournement de pouvoir si l'assemblée législative exerce de toute évidence l'autorité dont elle est investie >> (aux pp. 384 et 385). Il aurait fait droit à l'appel et ordonné la reprise du procès.

Les questions en litige

16 Le 18 février 1992, le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. La Medical Services Act, R.S.N.S. 1989, ch. 281, excède-t-elle la compétence de la législature de la province de la Nouvelle-Écosse pour le motif que cette loi touche le droit criminel, une matière qui relève de la compétence législative exclusive du Parlement du Canada, en vertu du par. 91(27) de la Loi constitutionnelle de 1867?

2. Le Medical Services Designation Regulation, N.S. Reg. 152/89, pris le 20 juillet 1989, conformément à l'art. 8 de la Medical Services Act, R.S.N.S. 1989, ch. 281, excède-t-il la compétence du lieutenant-gouverneur en conseil pour le motif que ce règlement a été pris conformément à une loi touchant le droit criminel, une matière qui relève de la compétence législative exclusive du Parlement du Canada, en vertu du par. 91(27) de la Loi constitutionnelle de 1867?

17 Il importe de ne pas oublier que la question dont nous sommes saisis est limitée au partage des compétences. L'impact de la Charte canadienne des droits et libertés sur des textes législatifs de ce genre, quoiqu'il constitue un point important, n'est pas en litige en l'espèce. Conclure que ces textes concernent un sujet relevant de la compétence législative de l'un ou de l'autre palier de gouvernement ne signifie pas soit qu'ils résisteraient à un examen fondé sur la Charte, soit qu'ils seraient invalides.

18 Au surplus, même aux fins du partage des compétences, les questions en litige sont restreintes: le pouvoir relatif au droit criminel est le seul chef de compétence fédérale en cause. C'est la prémisse sur laquelle repose la présente espèce depuis le procès et elle se reflète dans les questions constitutionnelles. Certes, d'aucuns ont fait valoir que l'avortement relevait à juste titre du pouvoir résiduel du gouvernement fédéral de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada (voir, p. ex., M. McConnell et L. Clark, << Abortion Law in Canada: A Matter of National Concern >> (1991), 14 Dalhousie. L.J. 81), mais cet argument ne saurait être retenu dans le cas présent à cause de la formulation des questions en litige. C'est pourquoi l'intervenante ACDA n'a pas été autorisée à présenter d'argumentation sur ce point en l'espèce: R. c. Morgentaler, [1993] 1 R.C.S. 462 (requête en chambre). Les seules questions en litige sont de savoir si les textes législatifs ressortissent à la compétence de la province en application de l'art. 92 de la Loi constitutionnelle de 1867 ou s'ils se rapportent au droit criminel et relèvent, par conséquent, de la compétence exclusive du Parlement conformément au par. 91(27).

## Analyse

### A. Aperçu

19 L'appelante a soutenu que la Medical Services Act et son règlement d'application formaient des textes législatifs provinciaux valides, édictés conformément à l'autorité législative de la province en ce qui a trait aux hôpitaux, à la santé, et à la profession et la pratique médicales. Elle s'appuie en particulier sur les rubriques (7), (13) et (16) de l'art. 92 de la Loi constitutionnelle de 1867, qui accordent à la province l'autorité législative

exclusive relativement aux matieres suivantes:

92. ...

7. L'etablissement, l'entretien et l'administration des hopitaux, asiles, institutions et hospices de charite dans la province, autres que les hopitaux de marine;

.....

13. La propriete et les droits civils dans la province;

.....

16. Generalement toutes les matieres d'une nature purement locale ou privee dans la province.

La contestation des textes est fondee sur la rubrique (27) de l'art. 91, qui reserve << Le droit criminel [...] >> au Parlement. Etant donne l'analyse qui suit, je conclus que la Medical Services Act et le Medical Services Designation Regulation participent du droit criminel de par leur caractere veritable et, par consequent, excedent les pouvoirs de la province de la Nouvelle-Ecosse. Le pourvoi doit donc etre rejete.

20 A mon avis, la Loi et le Medical Services Designation Regulation doivent etre examines ensemble aux fins de leur qualification constitutionnelle. La Loi est redigee en termes generaux dont le sens n'ae te precise que dans le reglement N.S. Reg. 152/89, par lequel ils ont ete rattaches a des services medicaux particuliers. L'historique de la Loi, y compris son etude a l'assemblee legislative et son rapport avec les reglements de mars, montre qu'elle a toujours ete examinee en fonction des services medicaux auxquels elle s'appliquerait, et le debat sur cette loi a presque toujours porte sur l'un de ces services, soit l'avortement. La Loi et la liste de services inseree ulterieurement dans les reglements sont entrelacees depuis le debut.

21 La situation est semblable a celle qui etait en cause dans l'arret *Texada Mines Ltd. c. Attorney-General of British Columbia*, [1960] R.C.S. 713, ou la Colombie-Britannique avait vote une loi prevoyant l'imposition d'une taxe sur le mineral ou les mineraux qui seraient extraits dans une [Traduction]<< region productrice >>. Le taux de la taxe, les mineraux assujettis a celle-ci et la region productrice visee devaient etre designes plus tard. Un reglement a ete pris, designant une certaine region<< region productrice >>, designant un seul mineral, soit le fer, et fixant le taux de la taxe. Notre Cour ae tudie la loi et le reglement ensemble afin d'en determiner la constitutionnalite et a conclu (apres s'etre referee aussi a des lois connexes, a l'historique de la loi et au contexte, y compris les efforts deployes dans le passe par la province pour encourager l'etablissement de fonderies sur son territoire au moyen de ce qui representait en realite des taxesa l'exportation, la nature du marche du mineraie de fer et l'effet dissuasif de la taxe) que la loi constituait une tentative ultra vires d'encourager l'etablissement d'une fonderie par l'imposition d'une taxe a

l'exportation prohibitive. Le reglement donnait un sens et un contenu concrets a la loi et etait indispensable pour sa qualification sur le plan constitutionnel.

22 De la meme facon, la loi et le reglement sont examines ensemble dans l'analyse qui suit. Je les appellerai << les textes legislatifs >>. Pris ensemble, a mon avis, ils representent une tentative indivisible de la part de la province de legiferer dans le domaine du droit criminel.

## B. La qualification des lois

(1) << Quelle est la matiere en cause? >>

23 La qualification d'une loi dans le cadre du federalisme suppose premierement l'identification de la << matiere >> visee, puis son rangement dans l'une des << categories de sujets >> relativement auxquels les gouvernements federal et provinciaux exercent leur autorite legislative sous le regime des art. 91 et 92 de la Loi constitutionnelle de 1867. Ce processus de qualification est fait [Traduction]<< d'elements qui s'entremelent et dans ce processus, l'Acte de l'Amerique du Nord britannique et la loi contestee interagissent et determinent le sens l'un de l'autre >>: B. Laskin, << Tests for the Validity of Legislation: What's the << Matter >>? >> (1955), 11 U.T.L.J. 114, a la p. 127. Les tribunaux tiennent compte de considerations generales ainsi que des principes de droit; la tache exige [Traduction]<< un delicat dosage de competence de juriste, de respect des regles etablies et de gros bon sens. Ce n'est pas et ce ne sera jamais une science exacte >>: F.R. Scott, *Civil Liberties and Canadian Federalism* (1959), a la p. 26.

24 La << matiere >> d'une loi est son idee maitresse, souvent appelee son caractere veritable: *Union Colliery Co. of British Columbia c. Bryden*, [1899] A.C. 580 (C.P.), a la p. 587; voir aussi *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273, a la p. 1286. Il n'y a pas de critere unique du caractere veritable d'une loi. Il faut proceder avec souplesse et eviter tout formalisme. Voir Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3e ed. 1992), vol. 1, a la p. 15-13. Bien que l'objet et l'effet de la loi soient des facteurs pertinents dans le processus de qualification (voir, p. ex., l'arret *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117 (C.P.) (*Alberta Bank Taxation Reference*), a la p. 130; l'arret *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366, aux pp. 1389 et 1392), il arrive souvent que l'objet ou le but principal de la loi soit l'element clef de la constitutionnalite. Comme le dit le juge Rand dans l'arret *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, aux pp. 302 et 303:

[TRADUCTION] La repartition detaillee prevue aux art. 91 et 92 impose des limites aux fins directes et immediates de l'action provinciale. [...] Le principe etabli qui exige la determination du << caractere veritable >>, de<< l'essence et la substance >>, de ce qui est cense avoir ete adopte comme loi et la question de savoir si le texte est << specieux >> ou est destine a atteindre son objet ostensible, signifie que la nature veritable de l'acte legislatif, son objet fondamental, doit relever de l'art. 92 ou de quelque autre attribution de pouvoirs provinciaux.

Voir egalement les arrets *Carnation Co. c. Quebec Agricultural Marketing Board*,

[1968] R.C.S. 238; Canadian Indemnity Co. c. Procureur general de la Colombie-Britannique, [1977] 2 R.C.S. 504, a la p. 512; R. c. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295, aux pp. 354, 355, 357 et 358; R. c. Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 744, 745, 747 et 751 (le juge en chef Dickson), a la p. 788 (le juge Beetz) et a la p. 807 (le juge Wilson).

## (2) L'objet et l'effet

25 a) L'« effet juridique » ou l'application sur le strict plan du droit

26 La preuve de l'« effet » d'un texte legislatif peut être pertinente sous deux aspects: pour établir son « effet juridique » et pour établir son « effet pratique ». L'analyse du caractère véritable commence nécessairement par l'examen du texte même, en vue d'en déterminer l'effet juridique. L'« effet juridique » ou l'« application sur le strict plan du droit » se rapporte à la manière dont le texte législatif dans son ensemble influence sur les droits et les obligations de ceux qui sont assujettis à ses dispositions, et est déterminé en fonction des termes mêmes du texte. Voir Hogg, op. cit., aux pp. 15-13 et 15-15. L'effet juridique est souvent une bonne indication de l'objet du texte (voir, p. ex., les arrêts Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada, [1947] A.C. 503 (C.P.) (Alberta Bill of Rights), et Saumur c. City of Quebec, [1953] 2 R.C.S. 299, à la p. 326 (le juge Rand)), mais il est pertinent pour la qualification constitutionnelle même lorsque ce n'était pas vraiment l'intention du législateur ou qu'il n'en n'était pas parfaitement conscient. Ainsi, dans l'arrêt Starr c. Houlden, précité, notre Cour a jugé que le mandat de la commission d'enquête concernant Patricia Starr reprenait les objets et les fonctions d'une enquête de police et d'une enquête préliminaire visant les allégations de perpétration d'infractions criminelles par des personnes désignées, une question qui relève du droit criminel, même si la province n'avait peut-être pas voulu ce résultat.

27 L'analyse du caractère véritable n'est cependant pas limitée à la teneur même du texte (voir, p. ex., le Renvoi relatif à la Loi anti-inflation, [1976] 2 R.C.S. 373, aux pp. 388 et 389). Par conséquent, la cour [Traduction] « ne tient pas compte seulement des effets juridiques directs mais aussi des objets sociaux ou économiques que la loi vise à réaliser », de son contexte et des circonstances dans lesquelles elle a été votée (Hogg, op. cit., à la p. 15-13), et, dans les cas qui s'y prêtent, elle prend en considération la deuxième forme d'« effet », l'effet pratique, réel ou prévu, de l'application du texte législatif (Alberta Bank Taxation Reference, précité, à la p. 130). Les conséquences pratiques à long terme du texte sont parfois peu pertinentes. Voir le Renvoi relatif à la Loi anti-inflation, précité, à la p. 389.

28 b) L'utilisation d'éléments extrinsèques

29 Pour déterminer l'historique, le contexte et l'objet du texte législatif attaqué, la cour a le droit de se reporter aux types de preuve extrinsèque qui sont pertinents et qui ne sont pas douteux en soi: Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle, [1981] 1 R.C.S. 714, à la p. 723, le juge Dickson. Ils incluent de toute évidence les textes connexes (par exemple, en l'espèce, les règlements de mars et l'ancien art. 251 du Code criminel) et la preuve du « mal »

que le texte vise a corriger: Alberta Bank Taxation Reference, precite, aux pp. 130 a 133. Ils comprennent aussi l'historique du texte, c'est-a-dire les circonstances de sa redaction et de son adoption; comme le dit le juge Ritchie dans ses motifs concordants dans le Renvoi relatif a la Loi anti-inflation, precite, a la p. 437, il nous est << non seulement permis, mais necessaire >> de prendre en consideration les renseignements que le legislateur avait devant lui lorsqu'il l'a adopte.

30 L'ancienne regle d'exclusion touchant la preuve de l'historique d'un texte legislatif a ete graduellement assouplie (Renvoi relatif a la Upper Churchill Water Rights Reversion Act, [1984] 1 R.C.S. 297, aux pp. 317 a 319), mais jusqu'a recemment, les tribunaux ont hesite a admettre la preuve des debats et des discours devant le corps legislatif. Dans le Renvoi relatif a la Loi de 1979 sur la location residentielle, precite, a la p. 721, le juge Dickson a dit que ces discours etaient << irrecevables vu leur faible valeur probante >> et ils ont ete exclus dans le Renvoi relatif a la Upper Churchill Water Rights Reversion Act, precite, a la p. 319 et dans l'arret Attorney General of Canada c. Reader's Digest Association (Canada) Ltd., [1961] R.C.S. 775. La principale critique dont a ete l'objet ce type de preuve a ete qu'elle ne saurait représenter l'<< intention >> de la legislature, personne morale, mais c'est aussi vrai pour d'autres formes de contexte d'adoption d'une loi. A la condition que le tribunal n'oublie pas que la fiabilite et le poids des debats parlementaires sont limites, il devrait les admettre comme etant pertinents quant au contexte et quant a l'objet du texte legislatif. En effet, il semble desormais bien etabli qu'ils sont admissibles dans les affaires constitutionnelles car ils aident le tribunal a determiner le contexte et l'objet du texte. Voir le Renvoi relatif a la Loi anti-inflation, precite, a la p. 470, le juge Beetz (dissident); R. c. Edwards Books and Art Ltd., precite, a la p. 749; Starr c. Houlden, precite, aux pp. 1375, 1376 et 1404 (partage des pouvoirs); R. c. Whyte, [1988] 2 R.C.S. 3, aux pp. 24 et 25; Irwin Toy Ltd. c. Quebec (Procureur general), [1989] 1 R.C.S. 927, aux pp. 983 et 984 (Charte), et R. c. Mercure, [1988] 1 R.C.S. 234, aux pp. 249 a 251 (droits linguistiques). Je souscris au passage qui suit, tire de Hogg, op. cit., qui constitue un resume exact de l'etat actuel du droit sur ce point (aux pp. 15-14 et 15-15):

[TRADUCTION] Il n'y a aucun doute que, pour determiner l'<< objet >> d'une loi dans ce sens particulier, le tribunal peut a bon droit se referer a l'etat du droit avant l'adoption de la loi et au defaut de la loi (au << mal >>) qu'elle vise a corriger. Les regles ordinaires d'interpretation des lois lui permettent de s'y referer. Jusqu'a recemment, il n'etait pas certain qu'il pouvait se reporter aux debats parlementaires (au compte rendu officiel) et a d'autres sources concernant l'<< historique de la loi >>. La pertinence de l'historique de la loi est evidente: elle aide a situer la loi dans son contexte, donne certaines explications sur ses dispositions et precise la position du gouvernement qui l'a proposee. Les tribunaux canadiens ont habituellement juge inadmissible l'historique de la loi suivant les regles ordinaires d'interpretation. Mais l'interpretation d'une disposition particuliere est un processus tout a fait different de la qualification d'une loi dans son ensemble aux fins du controle judiciaire. Il semble qu'il n'y ait aucune bonne raison de ne pas se reporter a l'historique de la loi pour cette derniere fin et, malgre

une certaine jurisprudence ancienne qui s'y opposait, il est maintenant bien établi que les rapports de commissions d'enquête et de commissions de réforme du droit, les énoncés de politique gouvernementaux et même les débats parlementaires sont en effet admissibles. [Renvois omis.]

31 Je suis donc d'avis, comme le juge Freeman de la Cour d'appel, que c'est à bon droit que le juge du procès a admis les extraits du Hansard en l'espèce. En un mot, cette preuve montre que les députés de tous les partis à l'assemblée comprenaient que l'idée maîtresse de la loi proposée était l'interdiction de la clinique du Dr Morgentaler parce que l'opposition à toute clinique d'avortement quelle qu'elle soit était générale, voire quasi unanime. Je reviendrai à cette preuve.

32 c) L'effet pratique

33 En l'espèce, le procureur général de la Nouvelle-Écosse soutient que la preuve montre que l'application future de la Loi n'entraînera pas de restriction des services d'avortement; l'intime soutient le contraire. Cela soulève la question de la pertinence de la preuve de l'effet pratique. J'ai fait observer que l'effet juridique des termes du texte législatif est toujours pertinent. Sauf si des modifications importantes sont apportées, cet effet ne change pas au fil des ans. En revanche, l'importance de l'effet pratique d'un texte législatif dans l'analyse constitutionnelle est moins certaine. L'effet pratique consiste dans le résultat réel ou prévu de l'application du texte (voir, p. ex., l'arrêt Saumur, précité). Les tribunaux sont souvent appelés à statuer sur la constitutionnalité de textes législatifs qui ne sont pas encore en vigueur ou qui, comme en l'espèce, ne le sont que depuis peu de temps. En pareil cas, toute prédiction de l'effet pratique futur n'est possible qu'à court terme, car le tribunal n'a pas les compétences pour prédire exactement les conséquences futures du texte.

34 Dans le Renvoi relatif à la Loi anti-inflation, précité, le juge en chef Laskin était disposé à admettre la preuve des circonstances de l'adoption de la loi (à la p. 391), mais il n'a pas admis la preuve de son application et de son effet prévus, estimant que « la Cour doit s'abstenir de formuler un principe général sur l'admissibilité de la preuve extrinsèque » (à la p. 389). Ce qui est difficile dans le cas de l'effet pratique c'est que, tandis que dans un contexte donné, l'effet pratique d'un texte législatif peut indiquer son objet véritable (voir l'arrêt Saumur, précité), dans un autre, il peut être accessoire et tout à fait dépourvu de pertinence, même s'il est radical (*Attorney-General for Saskatchewan c. Attorney-General for Canada*, [1949] A.C. 110, (C.P.); *Canadian Indemnity Co. c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, précité; *Whitbread c. Walley*, précité, à la p. 1286); et dans un autre encore, une loi provinciale et une loi fédérale ayant le même effet pratique peuvent être toutes deux tenues pour valides si la matière à laquelle elles se rapportent comporte deux « aspects » d'importance peu près équivalente, l'un relevant de la compétence du fédéral l'autre de la compétence de la province (*Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (C.P.), à la p. 130; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749).

35 Dans la majorité des cas, l'effet pratique ne sera pertinent que s'il

temoigne d'un objet ultra vires, c'est-a-dire s'il revele une consequence grave sur une matiere qui ne releve pas de la competence du corps legislatif qui a adopte le texte et s'il contredit ainsi un objet apparemment intra vires ou s'il confirme l'impression que le texte est ultra vires. C'esta cause de la difficulte de la determination du role de l'effet pratique (comme l'illustre en particulier l'arret Walter c. Attorney General of Alberta, [1969] R.C.S. 383, dans lequel une loi provinciale interdisant la propriete collective de terres a ete declaree intra vires meme si elle portait gravement atteinte a la liberte de religion d'une communaute hutterite) que, dans l'arret R. c. Big M Drug Mart Ltd., precite, le juge Wilson, qui a souscrit a l'avis de ses collegues, a decide que l'objet d'un texte legislatif est au centre de l'analyse fondee sur le partage des competences. Dans cette affaire, il s'agissait entre autres de decider si la Loi sur le dimanche, S.R.C. 1970, ch. L-13, avait ete adoptee conformement au pouvoir du Parlement en matiere de droit criminel. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef), au nom de la majorite, a decide que la loi relevait bien du droit criminel parce qu'elle avait pour objet l'observance obligatoire du sabbat (dimanche) (a la p. 352) et il a souligne que sa conclusion reposait sur le fait que l'objet de la loi avait ete identifie (a la p. 355). Dans un passage qui ne s'opposait pas au point de vue du juge Dickson sur le partage des competences, le juge Wilson a conclu que le caractere veritable de la loi est determine << par un examen de l'objet premier de la loi afin de distinguer la portee principale de cette loi de ses effets purement secondaires >> (a la p. 357). Elle conclut, a la p. 358:

Ce n'est que lorsqu'une loi a des effets qui empiètent si directement sur un autre domaine qu'elle doit avoir un objet dissimulé que lesdits effets prennent eux-mêmes de l'importance aux fins de l'analyse ...

36 Si, toutefois, le caractere veritable peut etre determine sans qu'il soit tenu compte de la preuve de l'effet pratique, l'absence de preuve que le texte legislatif a un effet pratique correspondant a sa qualification n'ecarte pas la conclusion quant a son invalidite. Dans un tel cas, [Traduction] << la preuve de l'effet probable de la loi ne serait d'aucune utilite par rapport a la tache de qualifier la loi, mais concernerait simplement la sagesse ou l'efficacite de la loi. En pareil cas, la preuve n'est pas pertinente >> (Hogg, op. cit., a la p. 15-16). Voir aussi le Renvoi relatif a la Loi anti-inflation, precite, aux pp. 424 et 425. Cette preuve ne change pas la << matiere >> que vise le texte legislatif et ne se rapporte qu'a l'efficacite de la loi pour ce qui est d'atteindre son objectif. Le tribunal ne s'interesse pas a la sagesse de la loi et le gouvernement ne saurait certainement pas justifier un texte legislatif deja declare ultra vires en affirmant qu'il n'atteindra pas son but ou son objectif. Au surplus, je le repete, le texte est souvent etudie avant qu'on en connaisse les consequences reelles et on ne peut necessairement predire son effet futur qu'a court terme. J'adapterais a la situation en cause ce qu'a dit le juge La Forest dans un autre contexte (arret R. c. Edwards Books and Art Ltd., precite, a la p. 803): << [i]l n'est pas souhaitable qu'une loi soit jugee constitutionnelle aujourd'hui et inconstitutionnelle demain >> simplement en raison de l'absence de preuve concluante quant a son effet futur ou quant a la possibilite d'un changement dans son effet pratique.

(3) La portee des chefs de competence applicables

37 La question a trancher en l'espece est de savoir si la Nouvelle-Ecosse a, par les textes legislatifs en cause, fixe le lieu ou des services medicaux doivent tre fournis afin de controler la qualite et la nature de son systeme de sante ou si elle a tente d'interdire de pratiquer un avortement ailleurs que dans un hopital afin de supprimer ou de punir l'avortement, qu'elle pereoit comme une conduite socialement indesirable. Dans la premiere hypothese, le texte releve de la competence de la province; dans la seconde, il touche le droit criminel.

38 a) Le droit criminel

39 Le paragraphe 91(27) de la Loi constitutionnelle de 1867 attribue au Parlement la competence legislative exclusive sur le droit criminel au sens le plus large du terme: *Attorney General for Ontario c. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524 (C.P.), a la p. 529. Dans l'arret *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney General for Canada*, [1931] A.C. 310 (C.P.), a la p. 324, le Comite judiciaire du Conseil prive a emis l'avis que ce terme incluait tout acte interdit, assorti de consequences penales, mais cette interpretation tait trop liberale et l'element manquant a ete fourni par le juge Rand dans sa formulation classique de la portee des criteres du droit criminel dans *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1 (Renvoi sur la margarine), aux pp. 49 et 50:

[TRADUCTION] ... nous pouvons a bon droit rechercher quel mal ou effet public prejudiciable ou indesirable est vise par la loi. Cet effet peut viser des interets sociaux, e conomiques ou politiques; et la legislature a eu en vue la suppression du mal ou la sauvegarde des interets menaces.

.....

L'interdiction est-elle alors edictee en vue d'un interet public qui peut lui donner un fondement la rattachant au droit criminel? Paix, securite, sante, moralite, ordre public: telles sont les fins visees ordinairement mais non exclusivement par ce droit-la ...

40 La presence ou l'absence d'un objet ou objectif public touchant le droit criminel est donc centrale: voir *Lord's Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia*, [1959] R.C.S. 497, aux pp. 508 et 509; *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada c. The Queen*, [1956] R.C.S. 303, a la p. 313; *Boggs c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 49. L'arret *Starr c. Houlden*, precite, ne contredit pas ce principe. Dans cette affaire, la province d'Ontario avait etabli une commission d'enquete chargee de verifier si Patricia Starr et Tridel Corporation avaient, dans le cadre de leurs relations d'affaire avec des fonctionnaires, accorde des benefices, avantages ou recompenses quelconques a un fonctionnaire. Le mandat designait des personnes nommement et contenait des termes presque identiques a ceux de l'al. 121b) du Code criminel. Le juge Lamer (maintenant Juge en chef), au nom de la majorite, a conclu, a la p. 1402, que l'enquete excedait la competence de la province:

C'est [...] l'effet combine et cumulatif des noms et de l'incorporation de l'infraction visée au Code criminel qui rend l'enquête ultra vires de la province. Le mandat désigne des personnes nommément et le fait en utilisant des termes qui sont presque identiques à ceux de la disposition correspondante du Code criminel. Le même mandat enjoint au commissaire de faire enquête et de constater des faits qui constitueraient en réalité, contre les personnes désignées, une preuve prima facie suffisante pour obtenir le renvoi de ces personnes à leur procès pour infraction à l'art. 121 du Code. Même si la province n'a peut-être pas visé ce résultat, l'enquête a pour conséquence ultime d'équivaloir à une enquête de police et à une enquête préliminaire ...

Le juge Lamer a conclu que les circonstances qui ont donné lieu à la création de la commission et l'effet juridique de son mandat étaient concluants et déterminants pour ce qui était du caractère criminel de l'enquête. Le fait que la province n'a peut-être pas voulu usurper les fonctions inhérentes à une enquête policière et à une enquête préliminaire sur des individus nommément désignés relativement à des infractions criminelles précises n'était pas pertinent. Cela ne signifie pas, cependant, que l'objet ou le but de l'enquête n'étaient pas pertinents. Il s'agissait simplement d'une affaire où l'effet juridique du mandat présentait une importance primordiale pour l'établissement d'un objectif public touchant le droit criminel selon les critères énoncés par le juge Rand. En résumé, le juge Lamer a conclu que l'enquête portait atteinte au principe selon lequel une province ne peut utiliser une enquête « dans le but de rassembler suffisamment d'éléments de preuve pour porter des accusations ou pour établir une preuve prima facie » (à la p. 1412).

#### 41 b) La compétence de la province en matière de santé

42 Le paragraphe 92(7) de la Loi constitutionnelle de 1867 accorde aux provinces la compétence législative générale sur les hôpitaux et les par. 92(13) et (16) leur attribuent la compétence sur la profession médicale et sur la pratique de la médecine. Le paragraphe 92(16) leur accorde aussi la compétence générale en matière de santé sur leur territoire: *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, à la p. 137. L'affaire *Schneider* donne une indication de la ligne de démarcation entre un texte législatif valide sur la santé et une loi en matière criminelle. Dans cette affaire, l'*Heroin Treatment Act* de la Colombie-Britannique a été jugé *intra vires* parce que son objet n'était pas de punir les toxicomanes, mais de les traiter et de veiller à leur sécurité. La toxicomanie n'y était pas visée en tant que fléau social mais en tant qu'« état physiologique qui appelle une intervention à la fois médicale et sociale » (à la p. 138). Par conséquent, si la préoccupation centrale des textes législatifs en l'espèce était le traitement médical des grossesses non désirées et la sécurité des femmes enceintes, et non la limitation des services d'avortement destinée à protéger l'intérêt public ou à interdire un mal public, ou pourrait soutenir que les textes constituent une loi valide sur la santé, édictée conformément à la compétence générale de la province en matière de santé.

43 En outre, tous sont d'accord pour dire que les chefs de compétence de l'art. 92 invoqués par l'appelante attribuent aux provinces la compétence sur les soins de santé dans la province en général, y compris les questions de coûts et

d'efficacite, la nature du systeme de sante et la privatisation des services medicaux.

#### 44 c) La reglementation de l'avortement

45 Au Royaume-Uni et au Canada, l'interdiction de l'avortement assortie de consequences penales a longtemps ete tenue pour une question de droit criminel. Des le milieu du XIXe siecle, avec l'adoption de la loi imitant la Lord Ellenborough's Act (R.-U.), 43 Geo. 3, ch. 58, jusqu'a l'epoque de la Confederation et aux modifications apportees en 1969 au Code criminel, introduisant la disposition d'exemption de l'art. 251 (Loi de 1968-69 modifiant le droit penal, S.C. 1968-69, ch. 38, art. 18), le droit criminel canadien a comporte une interdiction de l'avortement assortie de consequences penales; avant l'introduction de la disposition d'exemption de l'art. 251, l'avortement non criminel n'existait pas. Comme le dit le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arret Morgentaler (1975), precite, a la p. 672: << depuis la Confederation, et meme avant, la loi canadienne a toujours considere comme un crime le fait d'interrompre la grossesse, meme a ses debuts ... >>

46 L'article 251 du Code criminel representait un exercice valide du pouvoir de legiferer en matiere criminelle. Pourquoi? Dans l'arret Morgentaler (1975), precite, le Dr Morgentaler a soutenu que cet article portait atteinte au pouvoir legislatif des provinces relativement aux hopitaux et a la reglementation de la profession et de la pratique medicales, mais notre Cour a rejete cet argument a l'unanimité a l'audience sans entendre les plaidoiries du ministere public. Le juge en chef Laskin, dissident quant au resultat, a ete le seul juge a donner des motifs pour le rejet par la Cour de l'argument voulant que l'art. 251 visait la protection de la sante de la femme enceinte (a la p. 626):

Mais cela revient a preter au Parlement une preoccupation particuliere, a vrai dire exclusive, pour la sante, a l'exclusion de tout autre motif qui ferait de l'article un exercice valide du pouvoir de legiferer en matiere criminelle.

Il a conclu, au contraire, a la p. 627, que l'art. 251 repondait tres bien aux criteres enonces par le juge Rand au regard du droit criminel dans le Renvoi sur la margarine, precite, pour la raison suivante:

Ce qui est evident a la lecture de la partie de l'art. 251 qui porte interdiction, c'est que le Parlement, exereant son jugement, a decrete que l'intervention d'une autre personne, voire de la mere elle-meme, dans le cours ordinaire de la conception constitue une conduite socialement indesirable et passible de sanctions.

Il explique la presence des dispositions d'exemption a l'art. 251 par le principe que << le Parlement peut determiner ce qui n'est pas criminel aussi bien que ce qui l'est, et qu'il peut par consequent introduire dans ses lois penales des dispenses ou des immunités >> (a la p. 627). Pour terminer, le juge en chef Laskin conclut que, dans la mesure ou l'art. 251 a << quelque relation avec l'etablissement d'hopitaux ou la reglementation de la profession ou de la pratique medicale, cette relation est tellement incidente qu'elle en est presque illusoire >> (a la p. 628).

47 Dans l'arrêt Morgentaler (1988), précité, notre Cour a réitéré à l'unanimité sa conclusion que l'art. 251 était une loi valide en matière criminelle aux fins du partage des pouvoirs. Le juge Beetz (avec l'appui du juge Estey), aux pp. 82, 122 et 123, et le juge Wilson, à la p. 181, ont conclu que, si l'art. 251 avait pour objectif secondaire la protection de la vie et de la santé de la femme enceinte, son objectif premier était la protection de l'intérêt de l'État dans le fœtus. (Je ferai remarquer que, bien que dans la présente espèce, l'objectif des textes législatifs ait été examiné dans le contexte de la Charte, l'objectif d'une loi pour l'application de la Charte reflète nécessairement son << objet >> aux fins du partage des pouvoirs: arrêt R. c. Big M Drug Mart Ltd., précité, aux pp. 353, 361 et 362.) Aux pages 128 et 129, le juge Beetz a conclu qu'il constituait pour cela un exercice valide du pouvoir relatif au droit criminel. En revanche, le juge en chef Dickson (avec l'appui du juge Lamer (maintenant Juge en chef)), à la p. 75, et le juge McIntyre (dissident et à l'avis duquel le juge La Forest a souscrit), aux pp. 135 et 156, ont conclu que l'objectif de l'article était d'équilibrer les intérêts du fœtus et ceux de la femme enceinte. À la p. 156, le juge McIntyre a conclu qu'en raison de cet objectif, l'article constituait un exercice valide du pouvoir de légiférer en matière criminelle. Le juge en chef Dickson et le juge Wilson n'ont pas donné de motifs au soutien de leur conclusion que l'article était *intra vires*.

48 Les deux arrêts Morgentaler mettent l'accent sur l'objet des dispositions relatives à l'avortement ou sur la préoccupation du législateur, lorsqu'il s'agit de déterminer si la loi touche vraiment le droit criminel: Le fait de pratiquer ou de procurer un avortement est-il interdit en tant qu'acte socialement indésirable? Protéger l'intérêt de l'État dans le fœtus ou équilibrer les intérêts du fœtus et ceux des femmes qui veulent avorter sont-ils un objectif premier des dispositions? La protection de la santé de la femme est-elle seulement une préoccupation secondaire? Les autres préoccupations de la province, comme l'établissement d'hôpitaux ou la réglementation de la profession ou de la pratique médicales, sont-elles seulement accessoires?

49 Il n'est pas nécessaire pour les besoins du présent pourvoi de tenter de circonscrire la portée de la compétence provinciale quant à la réglementation de l'avortement. Qu'il suffise de dire que toute compétence provinciale au chapitre de la réglementation des services d'avortement doit être ancrée dans l'un des chefs de compétence attribuant aux provinces l'autorité législative relative ment aux matières telles que la santé, les hôpitaux, la pratique de la médecine et la politique de la santé.

### C. L'application des principes à l'espèce

50 L'examen des termes et de l'effet juridique de la Medical Services Act et du Medical Services Designation Regulation, de leur historique, de leur objet et des circonstances de l'adoption de la Loi et de la prise du règlement m'amène à conclure que l'objet central et la caractéristique dominante des textes législatifs sont la limitation de l'avortement en tant qu'acte socialement indésirable qu'il convient de supprimer ou de punir. Certes, la preuve de l'effet pratique des textes législatifs est équivoque, mais il n'est pas nécessaire, pour

etayer cette conclusion, d'établir que son impact pratique, immédiat ou futur, sera réellement de limiter les avortements.

(1) L'effet juridique: la teneur des textes législatifs

51 Voyons d'abord la teneur des textes législatifs. Aux termes de la Medical Services Act, constitue une infraction qui rend passible d'une forte amende (art. 6) le fait de pratiquer un avortement ou de fournir d'autres services désignés dans le Medical Services Designation Regulation ailleurs que dans un hôpital approuvé en conformité avec la Hospitals Act (art. 4). A la lecture des textes, il est impossible de dire si cela représente l'interdiction totale de l'avortement (ce qui excéderait la compétence de la province, de l'aveu de toutes les parties), car il faut recourir à la preuve extrinsèque pour établir si l'on pratique des avortements dans les hôpitaux de la Nouvelle-Écosse. La Loi prive du droit à l'assurance-maladie les personnes qui fournissent des services de cette nature et celles à qui ils sont fournis (art. 5), et elle dispose qu'en cas de contravention à ses dispositions, une injonction peut être décernée (art. 7). Elle s'intitule [Traduction] « Loi tendant à limiter la privatisation des services médicaux » et son objet expressément noncé est d'interdire la privatisation de certains services médicaux dans le but de maintenir un seul système de santé de qualité supérieure dans la province (art. 2). L'allégation selon laquelle elle est ultra vires, ainsi que les décisions des tribunaux d'instance inférieure, ont mis l'accent sur les dispositions prévoyant les infractions. Devant notre Cour, on n'a fait valoir aucun argument relatif à l'article prévoyant que les services ne seraient plus assurés (art. 5). Bien que les dispositions concernant l'exclusion de l'assurance et l'injonction augmentent nettement la rigueur de l'interdiction dans la pratique, elles n'exigent pas d'examen séparé en l'espèce. Il suffit, pour la qualification de ces textes législatifs, de s'en tenir à l'interdiction de la fourniture d'un service désigné ailleurs que dans un hôpital. Il ressort à l'évidence de l'effet cumulatif de l'infraction et du règlement que les textes législatifs avaient pour seul objet d'interdire l'implantation de cliniques d'avortement autonomes.

52 La Cour d'appel, à la majorité, a concédé que la province avait l'autorité législative pour adopter une loi sous cette forme. Je reconnais que les textes législatifs ont pour effet, sur le plan juridique, d'empêcher la privatisation en interdisant la fourniture privée (c'est-à-dire ailleurs que dans un hôpital) des services désignés. Mais les textes législatifs interdisent expressément l'avortement dans certaines circonstances et assortissent cette interdiction de conséquences pénales; or cette matière relève traditionnellement, je le répète, du domaine du droit criminel. Dans l'arrêt *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226, notre Cour a décidé, à la majorité, qu'une loi provinciale créant une infraction d'arrestation ou de détention arbitraires et un recours en habeas corpus est suspectée première vue car l'arrestation ou la détention arbitraires et la possibilité de recourir à l'habeas corpus en pareille situation ont été l'objet de lois fédérales en matière criminelle « presque depuis la Confédération » (à la p. 240). De la même façon, dans l'arrêt *Westendorp c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 43, notre Cour a invalidé un règlement municipal interdisant la prostitution dans les rues, entre autres, parce que les actes

participant de la prostitution ont depuis longtemps été considérés comme criminels. La validité des textes législatifs en l'espèce, qui interdisent un acte traditionnellement tenu pour criminel, est donc douteuse à première vue: voir *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick* (Commission des licences et permis d'alcool), [1987] 2 R.C.S. 59, à la p. 80, le juge Estey (sous-crivant au résultat).

53 Étant donné cette conclusion, il n'est pas nécessaire d'invoquer la « théorie du détournement de pouvoir », mais comme on en a beaucoup fait état devant les tribunaux d'instance inférieure et devant nous, je vais en dire quelques mots. L'intime attaque les textes législatifs parce qu'il s'agirait de droit criminel déguisé. La « théorie du détournement de pouvoir », en ce qui a trait au partage des compétences, est invoquée lorsqu'une loi semblant porter sur un sujet relevant de la compétence d'un gouvernement porte en réalité sur un sujet qui ne relève pas de cette compétence: *Starr c. Houlden*, précité, à la p. 1403; Renvoi relatif à la *Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, précité, à la p. 332; *Ladore c. Bennett*, [1939] A.C. 468 (C.P.), à la p. 482. Point n'est besoin d'invoquer la théorie en l'espèce parce que, bien que la Loi dise dans son intitulé et à l'art. 2 que son but est d'interdire la privatisation des services médicaux, la validité des textes législatifs est douteuse à première vue à cause du fait qu'ils semblent occuper un champ traditionnellement réservé au droit criminel. Par surcroît, le tribunal peut d'ordinaire aller au-delà des termes de la loi pour évaluer son caractère véritable. Comme le dit le juge Rand dans le Renvoi sur la margarine, précité, à la p. 48, l'énoncé de l'objet est tout au plus [Traduction] « un fait qu'il faut prendre en considération, le poids qu'il convient de lui accorder dépendant de l'ensemble des circonstances ».

54 Quoi qu'il en soit, la théorie du détournement de pouvoir ne fait que réaffirmer la règle fondamentale, applicable dans la présente espèce comme dans toute autre, que la forme seule n'est pas déterminante de la qualification constitutionnelle et que le tribunal examinera le fond de la loi pour déterminer sa portée véritable:

[TRADUCTION] ... les corps législatifs ne peuvent pas, par un préambule, fixer la qualification de leurs propres lois pour l'application du partage des pouvoirs [...] Le choix de l'aspect qui est important est l'apanage des tribunaux et la théorie dite du détournement de pouvoir n'est qu'un cas d'application de cette règle ...

Voir W.R. Lederman, « The Balanced Interpretation of the Federal Distribution of Legislative Powers in Canada » (1965), réédité dans Lederman, *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas* (1981), 266, à la p. 282; voir aussi A.S. Abel, « The Neglected Logic of 91 and 92 » (1969), 19 U.T.L.J. 487, à la p. 494; *Attorney-General for Ontario c. Reciprocal Insurers*, [1924] A.C. 328 (C.P.), à la p. 337, et *Central Canada Potash Co. c. Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42, à la p. 76. En conséquence, que nous abordions le caractère véritable du point de vue classique ou suivant la « théorie du détournement de pouvoir », nous devons aller au-delà de la teneur même des textes législatifs pour découvrir leur objet véritable. Comme le dit le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Potash*, précité, à la p. 76, « [c]e n'est pas la première fois que cette Cour, comme tout tribunal canadien saisi d'une question constitutionnelle, doit chercher ce qui se cache

derriere les termes utilises par une legislature et determiner leur portee veritable >>.

(2) Au-dela de la teneur

55 a) Chevauchement avec des dispositions du Code criminel

56 Une fois determine l'effet juridique des textes legislatifs, on peut le comparer a celui de tout texte pertinent adopte par l'autre palier de gouvernement. La Cour d'appel a la majorite a juge que les textes legislatifs en l'espece reprenaient effectivement les termes de l'art. 251 (maintenant l'art. 287) du Code criminel. Le juge Freeman a conclu aux pp. 367, 371 et 372:

[TRADUCTION] Si l'on prend l'art. 251 comme point de depart, meme un examen superficiel nous revele que la Medical Services Act a un impact sur les avortements dans les cliniques privees qui est presque identique a celui de l'art. 251.

.....

S'il y a une difference, c'est une distinction philosophique trop subtile pour modifier le resultat. Sous le regime de l'une et l'autre lois, le medecin qui pratiquerait un avortement dans une clinique privee pourrait se trouver face a un policier dans la salle d'attente. Il pourraite tre declare coupable en fonction de la meme preuve sous les deux regimes.

57 Des lois provinciales ont ete declarees invalides parce qu'elles contenaient des termes << presque identiques >> a ceux employes dans le Code criminel: Nova Scotia Board of Censors c. McNeil, [1978] 2 R.C.S. 662, a la p. 699; Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool), precite, aux pp. 70, 71 et 80; Starr c. Houlden, precite, aux pp. 1402, 1405 et 1406. Toutefois, meme si l'effet juridique des textes provinciaux et federaux sont presque identiques, cela ne determine pas necessairement la validite, car les provinces peuvent edicter des dispositions ayant le meme effet juridique que celui d'un texte federal a la condition que ce soit dans l'exercice d'un chef de competence provincial: O'Grady c. Sparling, [1960] R.C.S. 804; Smith c. The Queen, [1960] R.C.S. 776; Stephens c. The Queen, [1960] R.C.S. 823; R. c. Chiasson (1982), 39 N.B.R. (2d) 631 (C.A.), a la p. 636; conf. par [1984] 1 R.C.S. 266. On peut inferer de la similitude avec les termes du Code criminel que la province a empiete sur le domaine du droit criminel; plus la reproduction est exacte, plus on doit en conclure que c'est la l'objet principal de la loi.

58 Le principe directeur veut que les provinces ne puissent s'ingerer dans les spheres criminelles en essayant de renforcer, de completer ou de remplacer le droit criminel (Reference re Freedom of Informed Choice (Abortions) Act (1985), 44 Sask. R. 104 (C.A.)) ou de remedier a ce qu'elles considerent comme des defauts ou des failles (Scowby c. Glendinning, precite, a la p. 238). L'effet juridique de l'art. 251 et celui des textes legislatifs en l'espece, pris dans chaque cas dans leur ensemble, est tout a fait distinct: entre autres, l'art. 251 criminalisait le

fait pour une femme d'obtenir un avortement et instaurait le système lourd du << comité de l'avortement thérapeutique >>, ainsi que le critère de << la vie ou de la santé >> selon lequel l'avortement pouvait être tenu pour légal, tous des éléments absents dans la Loi et le règlement; de plus, les textes législatifs en l'espèce interdisent d'autres services outre l'avortement et ils concernent directement le régime public d'assurance-maladie. Toutefois, le juge Freeman avait manifestement raison de dire que, dans la mesure où les textes sur les services médicaux interdisent les cliniques d'avortement, leur effet juridique est entièrement englobé par l'art. 251 et, si celui-ci n'avait pas été invalide, les textes législatifs en l'espèce auraient été redondants à cet égard. L'article 251 est maintenant inopérant, bien sûr. L'absence de loi fédérale opérante n'élargit cependant pas la compétence provinciale. Elle signifie simplement que, si les textes provinciaux sont jugés *intra vires*, aucun problème de prépondérance ne se pose.

59 A mon avis, le chevauchement de l'effet juridique de la disposition criminelle maintenant annulée et de celui des textes législatifs de la Nouvelle-Écosse permet d'inférer que les textes étaient conçus pour atteindre un objectif touchant le droit criminel. C'est une pièce du puzzle qui, jointe aux autres éléments de preuve, peut indiquer l'objet véritable des textes.

60 b) Le contexte et les circonstances

61 L'adoption de la Loi et la prise du règlement, ainsi que les faits qui les ont précédés, ne justifient pas les assertions de l'appelante selon lesquelles le caractère véritable des textes législatifs se rapporte à la compétence de la province en matière de santé. Au contraire, ils corroborent la conclusion qu'ils visaient un objectif touchant le droit criminel.

(i) Le déroulement des faits

62 De toute évidence, ce qui a joué le rôle de catalyseur de l'action gouvernementale, ce sont la rumeur, puis l'annonce par le Dr Morgentaler de son intention d'ouvrir sa clinique. Le ministère public le concède. L'intime représentait nettement, comme l'a conclu le juge du procès, un << mal >> que les textes législatifs visaient à corriger. Le gouvernement a appris en janvier 1989 que le Dr Morgentaler avait l'intention d'ouvrir une clinique. Il a réagi en prenant, en mars, les règlements qui interdisaient de pratiquer un avortement ailleurs que dans un hôpital et qui excluaient l'assurance-maladie à leur égard. Le but direct et exclusif de cette action était d'empêcher l'ouverture de la clinique du Dr Morgentaler et cela, personne ne le conteste. Le ministre de la Santé l'a bien précisé en annonçant les règlements:

[TRADUCTION] ... le conseil des ministres a approuvé aujourd'hui deux nouveaux règlements concernant la fourniture de services d'avortement.

Comme tous les députés le savent, notre gouvernement n'a pas comme politique de sanctionner ni de soutenir de quelque façon que ce soit la fourniture de tels services dans des cliniques autonomes ou d'autres établissements qui n'entrent

pas dans la categorie des hopitaux approuves.

(Nova Scotia, House of Assembly, Debates and Proceedings (16 mars 1989), a la p. 1008.) Les reglements de mars etaient diriges contre l'avortement et surtout contre la clinique du Dr Morgentaler.

63 En mai 1989, l'ACDA a conteste devant les tribunaux la constitutionnalite des reglements de mars: voir Canadian Abortion Rights Action League Inc. c. Nova Scotia (Attorney General), precite. Peu de temps avant la date ou l'affaire devait etre entendue (le 22 juin 1989) et quelques jours avant la cloture de la session parlementaire, le gouvernement a depose le projet de loi et l'a fait adopter a toute vapeur. Il a ete presente le 6 juin et a reeu la troisieme et derniere lecture et la sanction royale le 15 juin. La Loi a ete edictee en grande hate, chacun le reconnaîtra. Si l'on tient compte aussi des services devant etre designes, elle a permis d'atteindre tous les objectifs des reglements de mars. Et pourtant, au lieu de viser expressement l'avortement, elle a pris la forme d'une interdiction generale, << flottante >>, de la fourniture de services medicaux ailleurs que dans un hopital, interdiction qui serait concretisee au moment ou seraient designes certains services, dont l'avortement. Le 20 juillet 1989, le conseil executif a pris le Medical Services Designation Regulation et a revoque en meme temps les reglements de mars. Je suis tout a fait d'accord avec la description du deroulement des faits que donne le juge Freeman aux pp. 376 et 377 et je la reprends ici par souci de commodite:

2. Les << reglements de mars >> visaient manifestement les cliniques Morgentaler. Monsieur David Nantes, ministre de la Sante, l'a bien souligne quand il en a fait part a l'assemblee legislative [...] La Medical Services Act ae te presentee a l'assemblee apres que les reglements de mars eurent ete attaques en justice. Elle a ete presentee le 6 juin 1989 et votee, a la hate, semble-t-il, le jour de la cloture de la session le 15 juin 1989. Les reglements de mars etaient englobes dans la Medical Services Act et dans son reglement d'application. N'etant plus necessaires, ils ont ete abroges le 20 juillet 1989, jour ou a ete pris le reglement en application de la Medical Services Act

64 Ni le moment choisi ni le chevauchement des sujets ne sauraient etre tenus pour fortuits. Il est raisonnable d'inferer, comme l'a fait le juge du proces, que le gouvernement croyait que les nouveaux textes legislatifs permettraient d'atteindre l'objectif vise par les reglements de mars et que lae tait son intention. Les reglements de mars constituaient la premiere reponse a l'annonce faite par le Dr Morgentaler, et les textes legislatifs ulterieurs ont ete la suite et le renforcement de cette reponse. Ils formaient ensemble un plan dresse a la hate et coneu expressement pour debarrasser la province du Dr Morgentaler et de son projet de clinique. La suite des faits semble indiquer que cet objectif etait l'objet principal des textes legislatifs et confirme l'impression que la privatisation et l'assurance de la qualite n'etaient tout au plus que des objets secondaires.

(ii) Le compte rendu officiel des debats

65 J'ai étudie la preuve des débats parlementaires relatifs à la Medical Services Act et j'en ai conclu que ceux-ci décrivent bien ce en quoi consistait la question pour les députés, tant du parti ministériel que de l'opposition. Le juge du procès et le juge Freeman ont tous les deux cité de larges extraits du Hansard. Le passage qui suit, tiré des motifs du juge du procès, aux pp. 300 et 301, rend bien l'atmosphère des débats:

[TRADUCTION] Durant le débat en deuxième lecture le 12 juin 1989, la porte-parole de l'opposition pour les questions de santé, Sandra Jolly, a dit, à la page 4678:

... C'est un dilemme qui est à la fois complexe et chargé d'émotion, et le groupe parlementaire libéral de la Nouvelle-Écosse convient avec le ministre de la Santé et de la Condition physique que la clinique du Dr Morgentaler ne doit pas être implantée dans cette province. Je tiens à le préciser.  
(Applaudissements)

Le groupe parlementaire libéral est d'avis qu'il n'est pas nécessaire que cette clinique soit ouverte en Nouvelle-Écosse; nous sommes donc d'accord avec le gouvernement actuel quant à cette partie du projet de loi. Nous sommes d'accord et cela nous l'avons dit dès le tout début, nous croyons que nous n'avons pas besoin de cette clinique. Ce qui m'inquiète, c'est que le gouvernement ait préparé à la hâte ce texte de loi, et ce qu'il fait, c'est non seulement tenter d'empêcher l'établissement de la clinique de Morgentaler, mais encore, en réalité, à notre sens, retrograder ou faire un pas en arrière en ce qui concerne les services médicaux offerts aux habitants de la Nouvelle-Écosse.

La porte-parole de l'opposition a exposé en long et en large les inquiétudes que suscitaient les vastes conséquences du projet de loi.

Lorsqu'il a eu l'occasion d'y répondre, le ministre de la Santé a dit ceci (à la page 4716):

J'ai entendu l'appui le plus lâche, le moins senti, sur la question de la lutte contre les cliniques d'avortement autonomes, que j'aie entendu jusqu'ici durant toute la session. Cela a toujours été la position du groupe parlementaire libéral, c'est notre position. Eh bien! Je vais prendre position personnellement. Je dis, à titre de ministre de la Santé et à titre de député, que je ne suis pas en faveur des cliniques d'avortement autonomes. (Applaudissements)

Le 5 juin 1989, le jour précédant la présentation du projet de loi en première lecture, le ministre de la Santé et de la Condition physique a dit, lors de discussions sur les prévisions de dépenses du ministère de la Santé, à la p. 785:

... suivant la position qu'a prise notre gouvernement, nous sommes contre [les cliniques d'avortement autonomes] et nous ferons tout notre possible

pour en empêcher l'établissement. C'est ce que nous avons dit et c'est ce que nous faisons; s'il faut, si nous devons prendre d'autres mesures, nous les prendrons. Je vais donner suite à cette position selon les directives de mon gouvernement et je vais appuyer cette position.

66 Le juge Freeman s'est référé notamment aux extraits suivants, aux pp. 375 et 376:

[TRADUCTION] Paul MacEwan, député de Cape Breton Nova, a dit:

Alors, bien sûr, vous savez, si ce gouvernement veut se faire passer pour le grand champion de ceux qui veulent empêcher le Dr Morgentaler de s'établir en Nouvelle-Écosse, remarquez que c'est la dernière chose à laquelle ils pensaient quand ils ont ajourné pour l'année ...

Maintenant, on veut nous faire croire que c'est un projet de loi qui, en réalité, ne vise pas seulement à limiter la privatisation des services médicaux, quel que soit ce qu'on veut dire par là, mais qui rend impossible ou improbable, je suppose, l'établissement de la clinique que veut ouvrir Morgentaler ...

Après que les députés des partis d'opposition eurent fait des observations, M. Nantes a repris la parole:

Je ne pense pas que l'on puisse jouer sur les deux tableaux. Vous ne pouvez pas critiquer le système de santé et dire que tout va de travers, puis parler de cliniques et tout ça, sans vous prononcer sur cette question particulière. Êtes-vous pour ou contre une clinique d'avortement autonome? Je veux que vous sachiez que, non seulement je peux parler pour ma part, mais encore je pense que nous représentons le consensus et le point de vue d'une majorité écrasante des députés de ce côté-ci de la Chambre.  
(Applaudissements)

Je pense que je suis même prêt à aller plus loin et à dire que je crois représenter aussi l'opinion d'une forte majorité des députés de l'autre côté de la Chambre. (Applaudissements)

67 La preuve du Hansard montre, d'une part, que l'interdiction de la clinique du Dr Morgentaler était la préoccupation centrale des députés qui ont pris la parole et, d'autre part, que les cliniques d'avortement autonomes en tant que telles ont fait l'objet d'une opposition commune et catégorique. La clinique Morgentaler était considérée, apparemment, comme un fléau public qu'il fallait éliminer. Les préoccupations auxquelles ces textes législatifs se rapportaient principalement, d'après l'appelante, - privatisation, coût et qualité des soins, opposition à l'instauration d'un système de santé à deux niveaux - ont visiblement été absentes durant la presque totalité des débats. Le ministre, M. Nantes, les a fait valoir quand il a proposé la deuxième lecture du projet de loi le 12 juin 1989. Cela, à mon sens, n'a atténué cependant pas beaucoup l'impression générale produite par les débats.

68 Bien entendu, on ne doit pas oublier que l'utilisation qu'on peut faire d'une telle preuve est restreinte, comme nous l'avons déjà vu. Pour reprendre les paroles du juge Kennedy de la Cour provinciale, en première instance, à la p. 301:

[TRADUCTION] Je reconnais que ce serait de la folie, de la part d'un tribunal, de conclure que tout ce qui se dit à une tribune politique a une signification relativement à la qualification d'une loi conçue par le corps politique en cause.

Néanmoins, je ne vois aucune raison de modifier l'évaluation que fait le juge Freeman de l'ambiance de la Chambre, à la p. 367:

[TRADUCTION] On n'a pas besoin d'aller au-delà des pages du Hansard [...] pour se rendre compte de l'indignation provoquée parmi les députés à la Chambre par la possibilité de l'ouverture de cliniques Morgentaler en Nouvelle-Écosse. Des considérations morales se rattachent non seulement au fait de pratiquer un avortement, mais encore au lieu où il est pratiqué et à ses circonstances.

69 L'appelante soutient que, même si le but des textes législatifs était de supprimer les cliniques d'avortement autonomes pour des raisons de morale sociale, cela ne porte pas un coup fatal à la question de la compétence de la province. Certes, on a reconnu une certaine autorité aux provinces en matière de « bonnes mœurs », mais, de toute évidence, l'exercice d'un tel pouvoir doit être solidement ancré dans un chef de compétence provincial distinct: *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick*, précité, aux pp. 71 à 80; *Procureur général du Canada et Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770; *R. Pepin*, « Le pouvoir des provinces canadiennes de légiférer sur la moralité publique » (1988), 19 R.G.D. 865; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, à la p. 364.

70 Bien qu'une loi permettant d'établir et d'appliquer des normes locales de moralité ne soit pas nécessairement « un empiètement dans le domaine du droit criminel » (voir l'arrêt *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, précité, aux pp. 691 et 692), on ne peut pas nier que l'interdiction d'un acte dans l'intérêt de la morale publique était et reste l'une des fins classiques du droit criminel, comme l'a établi le Renvoi sur la margarine, précité, à la p. 50: voir *Westendorp c. La Reine*, précité, et *Johnson c. Attorney General of Alberta*, [1954] R.C.S. 127, aux pp. 148 et 149.

71 Comme le juge Wilson l'a reconnu dans l'arrêt *Morgentaler* (1988), précité, à la p. 171, la décision que prend une femme de se faire avorter est « profondément d'ordre social et éthique »; en fait, elle constitue [Traduction] « essentiellement une décision d'ordre moral » (voir M.L. McConnell, « Even by Commonsense Morality »: *Morgentaler, Borowski and the Constitution of Canada* » (1989), 68 R. du B. can. 765, à la p. 766), et il me semble clair que les textes législatifs en l'espèce, dont l'objet premier est d'interdire l'avortement sauf dans certaines circonstances, portent sur une question morale.

72 Vu ce qui precede, il y a de fortes raisons d'inferer que l'objet des textes et leur nature veritable concernent une matiere relevant de la competence federale en matiere de droit criminel. Pour determiner si c'est la son objet ou sa caracteristique predominants, il est necessaire de comparer les indices mentionnes ci-dessus qui permettent de conclure a une matiere ressortissant au pouvoir federal et les signes revelateurs d'objectifs relevant de la competence des provinces.

(iii) L'identification des objectifs de la province

73 Au proces, l'appelante a produit des elements de preuve tendant a etablir que les objectifs de la Loiie taient d'empecher la privatisation et l'instauration d'un systeme de sante a deux niveaux qui en resulterait, d'assurer le maintien d'un systeme de sante de qualite superieure, et de rationaliser la prestation des services medicaux de faeon a eviter qu'ils ne fassent double emploi et a reduire les depenses publiques. John Malcom, administrateur du ministere de la Sante et principal temoin cite par le ministere public sur ces points, a temoigne que le developpement du systeme de sante de la Nouvelle-Ecosse avait ete axe exclusivement sur les hopitaux publics et qu'il n'y avait jamais eu de cliniques privees, << a but lucratif >>, dans la province. Il a dit que la Nouvelle-Ecosse avait une politique d'egalite d'acces aux soins de sante et que des services qui font double emploi aboutissent a un systeme de sante a deux niveaux. De plus, il a temoigne que la rationalisation des services de sante etait le procede le plus economique.

74 Il se peut que cette preuve temoigne de la position du gouvernement de la Nouvelle-Ecosse a unee poque donnee. L'intime a cependant souligne avec raison que l'on n'avait pas etabli au proces que cette position ait ete le fondement des textes legislatifs attaques. En fait, le juge Kennedy de la Cour provinciale a etudie la preuve et conclu que les preoccupations relatives a la privatisation taient [Traduction] << accessoires a l'objectif primordial des textes legislatifs >> (a la p. 302). Je ne vois aucune bonne raison de mettre en doute cette conclusion.

75 Premierement, en ce qui a trait a la sante et a la securite des femmes et a l'argument que l'obligation de pratiquer les avortements dans un hopital ae te inseree pour des raisons tenant a l'assurance de la qualite, aucun element de preuve verse au dossier n'indique que les avortements pratiques dans des cliniques comme celle du Dr Morgentaler mettent en danger la sante des femmes. L'avocat a concede que la qualite des services medicaux dans les cliniques d'avortement autonomes etait comparablea celle observee dans les hopitaux. Je note en outre que dans l'arret Morgentaler (1988), precite, le juge Beetz a conclu que des etudes, l'experience et les depositions d'experts avaient etabli que les avortements peuvent etre pratiques sans danger dans des cliniques et que l'obligation de les pratiquer dans un hopital n'etait plus justifiee du point de vue medical. Comme l'appelante convient que la qualite des services medicaux dans les cliniques est comparable a celle qui existe dans les hopitaux, l'argument que les textes legislatifs visaient l'assurance de la qualite et la sante et la securite des femmes perd toute sa force.

76 Deuxièmement, ce n'est qu'à l'étape de la deuxième lecture du projet de loi que le gouvernement a fait part de son inquiétude au sujet de la privatisation, que ce soit par rapport à ces textes ou aux règlements de mars. Encore une fois, j'adopte l'exposé que fait le juge Freeman des faits pertinents, aux pp. 376 et 377:

1. Avant le dépôt du projet de la Medical Services Act, le gouvernement n'avait pas précisé que son objectif était la privatisation des services médicaux. Il n'a pas été question de cet objectif dans le discours du Trône du 23 février 1989. On y mentionnait qu'on attendait la publication du rapport d'une commission royale d'enquête. Le décret constituant cette commission ne fait aucunement allusion à la privatisation.

.....

3. Pour expliquer pourquoi il était souhaitable d'éviter les embûches de la privatisation, le ministère public a insisté sur des considérations économiques. Le rapport de la commission royale d'enquête sur les coûts des soins de santé était attendu, comme le signalait le discours du Trône. En adoptant la Medical Services Act le 15 juin 1989, l'assemblée a choisi d'aller de l'avant sans avoir eu l'avantage de prendre connaissance des observations ou des recommandations de la commission royale d'enquête....

Le 23 février 1989, seulement trois semaines avant l'adoption des règlements de mars, un discours du Trône a été présenté. Bien qu'il ait traité de politique de la santé, on n'y trouve aucune mention de politique en matière de privatisation. Comme l'a fait observer le juge Freeman, le discours parle effectivement de la commission royale d'enquête sur les soins de santé, qui avait été désignée en 1987 et chargée d'effectuer une étude approfondie du système de santé de la province. On signalait dans le discours du Trône que le gouvernement attendait la publication du rapport de la commission.

77 Ce rapport a paru en décembre 1989. Les recommandations qu'il contient sont inconciliables avec une politique d'opposition à la privatisation. On y recommande, entre autres, de fournir le plus possible de services ailleurs que dans les hôpitaux et de réduire au minimum la durée de l'hospitalisation, afin de diminuer les dépenses publiques au chapitre de la santé. On y lit notamment que, bien que les établissements doivent continuer de représenter l'axe privilégié de la fourniture des soins de santé en Nouvelle-Écosse:

[TRADUCTION] ... on se rend compte de plus en plus que beaucoup de services de santé peuvent être fournis sans danger et adéquatement à l'extérieur des établissements hospitaliers.

John Malcom, l'expert cité par le ministère public quant à la politique de la santé, a témoigné, au cours de son contre-interrogatoire, que les orientations énoncées dans le rapport allaient dans le sens des vues du ministère de la Santé. Le discours du Trône de 1990, lu deux mois après la publication du rapport, traite du rapport et, une fois de plus - cela se comprend étant donné les recommandations de la commission - ne fait aucunement mention d'une politique

d'opposition aux services de sante prives.

78 Troisiemement, il est revelateur qu'aucun element de preuve n'etablisserait que des etudes ou une consultation aient ete faites auparavant au sujet du rapport cout/efficacite ou de la qualite des services medicaux fournis dans les cliniques privees. Encore une fois, les remarques du juge Freeman, a la p. 377, sont a propos et je les reprends par souci de commodite:

5. Le ministere de la Sante avait discute avec l'ordre des medecins de la Nouvelle-Ecosse de la possibilite de fournir davantage de soins de sante ailleurs que dans les hopitaux. L'ordre des medecins n'a pas ete consulte au sujet de la Loi avant qu'elle n'ait ete deposee. Les temoignages semblent indiquer que la Loi ne va pas dans le meme sens que les pourparlers.

L'ordre des medecins n'a pas ete consulte avant la presentation du projet de loi et la consultation n'a porte ensuite que sur les services a designer. Cetelement ne serait pas particulierement revelateur en soi, mais, d'apres le temoignage du Dr Vincent Audain, qui etait president a l'epoque en cause, l'ordre des medecins etait en train de discuter avec le gouvernement de la possibilite d'autoriser la fourniture d'une proportion plus grande des services de sante a l'exterieur des hopitaux. Le Dr Audain a appris l'existence du projet de loi par un message telephonique le jour de sa presentation. Il a temoigne que l'ordre avait appris avec inquietude cette action inattendue et qu'il avait soupconne qu'elle s'expliquait par la << question de l'avortement >>. L'ordre a adopte une resolution, qu'il a transmise au gouvernement, desavouant la loi parce qu'elle aurait des repercussions negatives sur la fourniture des services medicaux, qu'elle ferait augmenter les frais d'hospitalisation et qu'elle serait inconciliable avec les progres techniques en medecine. Les textes legislatifs etaient pereus comme contraires a la politique que le gouvernement avait enoncee, c'est-a-dire favoriser la fourniture d'une proportion plus grande des services a l'exterieur des hopitaux. Par surcroit, selon le Dr Audain, quand l'ordre des medecins a ete consulte en juin 1989 au sujet de la liste des services medicaux a designer, la limitation des avortements n'etait pas negociable.

79 Quoique le temoin expert cite par le ministere public, M. Malcom, ait atteste que l'acces a l'avortement etait adequat en Nouvelle-Ecosse, aucune etude ni consultation n'a ete menee quant a la fourniture, a l'acces ou au rapport cout/efficacite des services d'avortement fournis dans les hopitaux et dans les cliniques, et le ministere public s'est fonde au proces sur des statistiques qui dataient pour prouver que les installations existantes etaient suffisantes. Invoquant le temoignage d'expert de M. Malcom, l'appelante a soutenu qu'il valait mieux laisser au Conseil canadien d'agrement des hopitaux le soin de veiller a l'assurance de la qualite. Toutefois, rien ne prouve que le gouvernement ait effectue une etude sur la qualite des services fournis dans les hopitaux en comparaison de ceux fournis dans les cliniques ou sur l'existence de normes applicables a la fourniture des services d'avortement.

80 Pour prouver qu'une consultation a bien eu lieu, l'appelante fait mention d'une reunion du comite des services communautaires de la Chambre qui s'est tenue au service des avortements de l'hopital Victoria General

(<< l'hôpital >>) a Halifax, le 30 mai 1989. Quatre-vingt-trois pour cent des avortements pratiqués en Nouvelle-Écosse le sont dans cet hôpital. Le sujet de la réunion était le service d'interruption des grossesses de l'hôpital. Le comité a rencontré le chef du service de gynécologie, le chef du service des avortements et l'infirmière responsable de l'unité des soins ambulatoires. Le chef du service des avortements a dit qu'à son avis, la Nouvelle-Écosse répondait de manière adéquate à ses propres besoins au chapitre de l'avortement et qu'une clinique Morgentaler était inutile; toutefois, il a également dit qu'une telle clinique recevrait des patientes de toutes les provinces Atlantiques. Les trois invités ont loué en général l'efficacité et la sécurité des services d'avortement existants, encore qu'on ait révélé que les délais moyens à l'hôpital allaient d'une semaine à dix jours, que le nombre de médecins disposés à pratiquer des avortements à l'hôpital était passé de dix à cinq, qu'on y était à l'étroit et que le principal sujet d'inquiétude était l'insuffisance des ressources d'information et de counselling à la disposition des patientes et des médecins. Peu de données précises ont été communiquées. En effet, la réunion semble avoir été davantage une tribune politique permettant aux politiciens membres du comité d'exprimer leur opinion qu'un moyen de tenir une consultation et d'enquêter sur les questions que la législation était censée viser.

81 Si je mets en relief l'insuffisance des études ou de la consultation antérieures, ce n'est pas pour montrer que les moyens pris par la province pour atteindre ses objectifs ont été imprudents ou inefficaces, mais plutôt pour indiquer que la preuve n'étaye simplement pas l'argument que ces objectifs de la province formaient la raison d'être de l'action législative en cause.

82 Un autre facteur que j'estime pertinent c'est que l'argument fondé sur le rapport coût/efficacité semble être contredit par la réalité. La clinique du Dr Morgentaler n'entraînera pas de hausse directe du coût des services de santé supportés par la province. Les parties ne s'entendent pas sur le coût réel des services d'avortement selon qu'ils sont fournis dans les hôpitaux ou ailleurs, mais je n'ai pas l'intention de me lancer dans ce débat. En réponse à des questions posées par le juge, l'avocat de l'appelante a convenu que les honoraires versés à l'intime pour les services d'avortement étaient égaux à ceux touchés par un médecin qui pratique un avortement à l'hôpital. Par conséquent, l'établissement d'une clinique d'avortement ne provoquerait pas d'augmentation directe des coûts supportés par la province au titre des honoraires des médecins. S'appuyant sur le témoignage de M. Malcom, l'appelante a fait valoir que, puisque les services feraient double emploi, moins d'avortements seraient pratiqués à l'hôpital et, à la longue, le coût unitaire s'accroîtrait. La preuve n'a toutefois pas montré que la diminution du nombre d'avortements pratiqués dans les hôpitaux serait suffisante pour produire cet effet.

83 Un cinquième élément qui entre en ligne de compte est la liste des services médicaux elle-même. Il n'y a pas de lien apparent entre les différents services. Le seul dénominateur commun suggéré par l'appelante est que le gouvernement prévoyait que ces services pourraient être jugés intéressants par des exploitants d'établissements privés. L'appelante a cependant soutenu au procès et devant nous que la position du gouvernement était de s'opposer à ce que toute opération chirurgicale soit pratiquée ailleurs que dans un hôpital. Si tel était

le cas, on peut se demander pourquoi la Loi n'a pas interdit, de façon générale, l'exécution des interventions chirurgicales ailleurs que dans un hôpital. Désigner neuf interventions apparemment sans rapport entre elles ne permet pas d'atteindre cet objectif.

84 Si les moyens employés par une assemblée législative pour atteindre ses prétendus objectifs ne vont pas logiquement dans le sens de ces objectifs, cela peut indiquer que le prétendu objet de la loi masque son objet véritable. Dans l'arrêt *Westendorp c. La Reine*, précité, le juge en chef Laskin conclut que c'est par un raisonnement spécieux qu'on peut dire qu'un règlement interdisant la prostitution dans les rues se rapporte au bon ordre dans la rue, parce que si c'était là le but visé par le règlement, «< il traiterait des rassemblements de personnes dans la rue ou de l'encombrement des rues, indépendamment de ce que disent ou font les personnes ainsi rassemblées >> (à la p. 51). En l'espèce, on s'attendrait à ce que, si la politique de la province consistait à interdire l'exécution de toute intervention chirurgicale ailleurs que dans un hôpital, les textes législatifs l'auraient simplement interdite.

85 Pour terminer, bien que j'accorde peu de poids à ce facteur, je suis d'accord avec les deux tribunaux d'instance inférieure pour dire que la sévérité relative des peines prévues par la Loi est pertinente par rapport à sa qualification constitutionnelle. Le paragraphe 6(1) de la Loi impose des amendes de 10 000 \$ à 50 000 \$ à l'auteur d'une infraction. Le juge Kennedy de la Cour provinciale et le juge Freeman de la Cour d'appel ont estimé que la sévérité relative des amendes constituait une indication que celles-ci n'étaient pas simplement des mesures destinées à mettre en application un régime réglementaire, mais qu'elles visaient à punir l'ouverture de cliniques d'avortement, tenue pour intrinsèquement reprehensible. Bien entendu, le par. 92(15) de la Loi constitutionnelle de 1867 autorise les provinces à infliger des peines pour appliquer des lois provinciales valides, et le simple fait d'assortir de sanctions pénales un régime provincial par ailleurs valide n'en fait pas une loi touchant le droit criminel: *Smith c. The Queen*, précité, à la p. 800; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, précité, à la p. 697; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, précité, à la p. 965. Toutefois, la sévérité exceptionnelle des peines peut être prise en considération au regard de la qualification de la législation: *Westendorp c. La Reine*, précité, à la p. 51.

## D. Conclusion

### (1) Le caractère véritable

86 Les textes législatifs en l'espèce portent, de par leurs termes, sur un sujet qui a, par le passé, été tenu pour une question touchant le droit criminel - l'interdiction de l'avortement assortie de conséquences pénales. Ils sont donc suspects à première vue. Leur effet juridique reprend en partie celui de l'art. 251 du Code criminel maintenant inopérant, dans la mesure où les deux dispositions interdisent l'établissement et les activités de cliniques d'avortement autonomes. L'historique des textes, le déroulement des faits jusqu'à l'adoption de la Loi et jusqu'à la prise du règlement N.S. Reg. 152/89, les extraits du *Hansard* et l'absence de preuve que la privatisation et le coût et la qualité des services de

sante etait davantage que des preoccupations accessoires, tout cela m'amene a conclure que la Medical Services Act et le Medical Services Designation Regulation visaient principalement a supprimer le mal ou fleau public apprehende que representaient les cliniques d'avortement. Les textes legislatifs repondent aux criteres enonces dans le Renvoi sur la margarine et dans les arrets Morgentaler (1975) et Morgentaler (1988), precites. L'objet premier des textes etait d'interdire de pratiquer un avortement ailleurs que dans un hopital parce que cela constituait un acte socialement indesirable, et toute preoccupation a l'egard de la sante et de la securite des femmes enceintes ou a l'egard de la politique de la sante, des hopitaux ou de la reglementation de la profession medicale n'etait qu'accessoire. Les textes legislatifs en l'espece concernent la reglementation du lieu ou l'avortement peut etre pratique, non pas sur le plan de la politique de la sante, mais dans l'optique de mefaits public ou de crimes, pour reprendre les propos du juge Cannon dans Reference re Alberta Statutes, [1938] R.C.S. 100, a la p. 144 (pourvoi rejete en raison de son caractere theorique par Alberta Bank Taxation Reference, precite, aux pp. 127 et 128):

[TRADUCTION] Je souscris a l'avis du procureur general du Canada selon lequel le present projet de loi traite de la reglementation de la presse de l'Alberta, non du point de vue des delits privs ou des prejudices civils resultant d'une pretendue violation ou privation des droits civils des individus en tant que tels, mais du point de vue des delits publics ou crimes, c'est-a-dire ceux qui impliquent une violation des droits et des devoirs publics envers la collectivite tout entiere, consideree comme telle, dans sa capacite d'agir en tant que collectivite. [Je souligne.]

87 Pour reprendre la formule du juge Lamer dans l'arret Starr c. Houlden, precite, a la p. 1405, je trouve peu convaincant l'argument selon lequel les textes legislatifs en l'espece sont solidement ancrs aux par. 92(7), (13) ou (16) de la Loi constitutionnelle de 1867. Ni la teneur des textes ni la suite des faits qui a conduit a leur adoption ne me persuadent qu'ils visent a proteger l'integrite du systeme de sante de la Nouvelle-Ecosse en empechant l'instauration d'un systeme a deux niveaux, a assurer la prestation de soins de qualite superieure ou a rationaliser la fourniture des services medicaux afin d'eviter qu'ils fassent double emploi et de reduire les depenses publiques au chapitre des soins de sante. De tels objectifs sont nettement accessoires a la caracteristique centrale des textes, savoir l'interdiction de pratiquer un avortement ailleurs que dans un hopital, acte tenu pour socialement indesirable et passible de sanctions.

## (2) L'effet pratique

88 Les textes legislatifs en l'espece limiteront certainement l'avortement en ce sens qu'ils le rendront impossible a obtenir ailleurs que dans un hopital. Mais entrainera-t-il dans la pratique une restriction de l'acces a l'avortement en Nouvelle-Ecosse? Le systeme hospitalier actuel sera-t-il en mesure d'accueillir toutes les femmes qui desirent interrompre leur grossesse, et sera-t-il pret a les recevoir, etant donne, entre autres, que l'hopital dans lequel 83 p. 100 de tous les avortements sont pratiques a perdu la moitie de ses medecins disposera pratiquer cette intervention? Ce sont des questions auxquelles le juge du proces n'a pas repondu et sur lesquelles les parties divergent resolutement. Les femmes

peuvent ne pas vouloir se faire avorter à l'hôpital pour une quantité de raisons légitimes. De toute évidence, les restrictions concernant le lieu peuvent avoir pour effet de limiter l'avortement en pratique et, de fait, l'invalidation de l'art. 251 du Code criminel a été due en grande partie au résultat de son application, c'est-à-dire qu'il avait limité l'avortement à certains hôpitaux. Dans l'arrêt Morgentaler (1988), précité, l'ancien art. 251 du Code criminel a été annulé notamment parce que l'obligation de se faire avorter à l'hôpital contenue dans cet article engendrait des délais inacceptables et une tension et une angoisse excessives, et elle restreignait grandement en pratique l'accès aux services d'avortement. Après plusieurs années d'application de l'art. 251, on a constaté que les décisions et les actions conjuguées des conseils d'hôpitaux anti-avortement avaient rendu l'accès à l'avortement légal inexistant dans de nombreuses régions du pays. Une chose semblable pourrait se produire en Nouvelle-Écosse, mais nous n'avons aucun moyen de le prédire. L'un des effets des textes législatifs est l'attribution au gouvernement provincial du droit exclusif de pratiquer des avortements, et ce dans une large mesure dans un seul établissement contrôlé par l'État. Le libre accès à l'avortement est ainsi susceptible de subir l'érosion administrative.

89 Après avoir appliqué les critères ordinaires relativement à la matière des textes législatifs en l'espèce, je puis conclure qu'ils constituaient une ingérence *ultra vires* dans le domaine du droit criminel. Je peux tirer cette conclusion sans prédire l'effet pratique à long terme de ces textes et il n'est donc pas nécessaire de trancher le litige insoluble entre les parties pour ce qui est de savoir si ces textes limiteront, en pratique, l'accès à l'avortement en Nouvelle-Écosse. La preuve de l'appelante selon laquelle les textes n'auront pas, dans la pratique, pour effet de limiter l'avortement établit simplement qu'ils ne permettront pas de fait d'atteindre les objectifs poursuivis. Vu ma conclusion quant au caractère véritable des textes, je n'ai pas à me prononcer sur la question de savoir s'ils sont efficaces et cette preuve ne peut pas davantage être utilisée pour valider une loi *ultra vires* que pour invalider une loi *intra vires*, comme notre Cour l'a décidé dans le Renvoi relatif à la Loi anti-inflation, précité.

### (3) La dissociation

90 La dissociation n'est pas souvent appliquée dans les affaires relatives au partage des compétences. La règle générale veut que la dissociation soit possible si la partie valide restante peut survivre indépendamment et aurait pu être édictée séparément (voir l'affaire *Alberta Bill of Rights*, précitée, à la p. 518). En l'espèce, il n'y a pas de « partie valide restante », car l'analyse qui précède a montré que les textes législatifs dans leur ensemble - tant la Loi que le règlement - de par leur caractère véritable, ressortissent au droit criminel. Comme le dit Hogg, [Traduction] « [s]ur le plan de la constitutionnalité, la loi est une et indivisible » (op. cit., à la p. 15-21); le même raisonnement est valable quand, comme en l'espèce, deux textes sont des parties entrelacées d'un seul et même régime ou programme législatif (voir *Attorney General for Ontario c. Reciprocal Insurers*, et *Alberta Bank Taxation Reference*, précitées), quand deux dispositions ou textes [Traduction] « sont à ce point liés qu'il y a lieu de les

interpréter ensemble comme l'expression d'un seul objet législatif >> (Switzman c. Elbling, précité, à la p. 315 (le juge Nolan), ou quand les règlements << sont si intimement liés à la loi habilitante qu'ils l'imprègnent de leur caractéristique >> (Central Canada Potash Co. c. Saskatchewan, précité, à la p. 64).

91 En conséquence, la Loi et le règlement au complet sont ultra vires.

(4) Dispositif

92 Pour les motifs qui précèdent, je répondrais aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. La Medical Services Act, R.S.N.S. 1989, ch. 281, excède-t-elle la compétence de la législature de la province de la Nouvelle-Écosse pour le motif que cette loi touche le droit criminel, une matière qui relève de la compétence législative exclusive du Parlement du Canada, en vertu du par. 91(27) de la Loi constitutionnelle de 1867?

93 Réponse: Oui.

2. Le Medical Services Designation Regulation, N.S. Reg. 152/89, pris le 20 juillet 1989, conformément à l'art. 8 de la Medical Services Act, R.S.N.S. 1989, ch. 281, excède-t-il la compétence du lieutenant-gouverneur en conseil pour le motif que ce règlement a été pris conformément à une loi touchant le droit criminel, une matière qui relève de la compétence législative exclusive du Parlement du Canada, en vertu du par. 91(27) de la Loi constitutionnelle de 1867?

94 Réponse: Oui.

95 Le pourvoi est donc rejeté. L'intime a droit à ses dépens dans le pourvoi comme entre parties.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Solicitors of record:

Procureurs de l'appelante: Marian F.H. Tyson et Louise Walsh Poirier, Halifax.

Procureurs de l'intime: Buchan, Derrick & Ring, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Paul M. Breton, Fredericton.

Procureur de l'intervenante REAL Women of Canada: Angela M. Costigan, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne pour le droit a l'avortement: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.