

**Attorney General of Canada** *Appellant*

v.

**Attorney General of Quebec** *Respondent*

and

**Attorney General of New Brunswick,  
Attorney General for Saskatchewan,  
Attorney General of Alberta, Michael  
Awad, Canadian Conference of Catholic  
Bishops and Evangelical Fellowship of  
Canada** *Interveners*

**INDEXED AS: REFERENCE RE ASSISTED HUMAN  
REPRODUCTION ACT**

**2010 SCC 61**

File No.: 32750.

2009: April 24; 2010: December 22.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps,  
Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC

*Constitutional law — Division of powers — Criminal  
law — Assisted reproduction — Whether ss. 8 to 19, 40  
to 53, 60, 61 and 68 of Assisted Human Reproduction  
Act, S.C. 2004, c. 2, exceed legislative authority of Par-  
liament under s. 91(27) of Constitution Act, 1867.*

In 1989, the federal government established the Royal Commission on New Reproductive Technologies (the “Baird Commission”) to study assisted human reproduction. In its report, the Baird Commission expressed concern about certain practices in the field and pressed for legislation. Between 1993 and 1995, the federal government consulted with the provinces, the territories and independent groups for advice on the issue, and the result was the passage of the *Assisted Human Reproduction Act* in 2004. The Act contains prohibitions and other provisions designed to administer and enforce them. It is set up as follows:

**Procureur général du Canada** *Appelant*

c.

**Procureur général du Québec** *Intimé*

et

**Procureur général du Nouveau-Brunswick,  
procureur général de la Saskatchewan,  
procureur général de l’Alberta, Michael  
Awad, Conférence des évêques catholiques  
du Canada et Alliance évangélique du  
Canada** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : RENVOI RELATIF À LA LOI SUR LA  
PROCRÉATION ASSISTÉE**

**2010 CSC 61**

N° du greffe : 32750.

2009 : 24 avril; 2010 : 22 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie,  
LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et  
Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

*Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs —  
Droit criminel — Procréation assistée — Les articles 8  
à 19, 40 à 53, 60, 61 et 68 de la Loi sur la procréation  
assistée, L.C. 2004, ch. 2, excèdent-ils la compétence  
législative que confère au Parlement l’art. 91(27) de la  
Loi constitutionnelle de 1867?*

En 1989, le gouvernement fédéral a mis sur pied la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction (la « Commission Baird ») appelée à se pencher sur la procréation assistée. Dans son rapport, la Commission Baird a exprimé des inquiétudes au sujet de certaines pratiques dans le domaine et elle a pressé le gouvernement de légiférer. Entre 1993 et 1995, le gouvernement fédéral a consulté les provinces, les territoires et des groupes indépendants sur la question, ce qui a mené à l’adoption en 2004 de la *Loi sur la procréation assistée*. La Loi renferme des interdictions et d’autres dispositions visant leur mise en œuvre et leur contrôle d’application. Elle est conçue comme suit :

(1) Sections 5 to 9 prohibit human cloning, the commercialization of human reproductive material and the reproductive functions of women and men, and the use of *in vitro* embryos without consent. (2) Sections 10 to 13 prohibit various activities unless they are carried out in accordance with regulations made under the Act, under licence and in licensed premises. These “controlled activities” involve manipulation of human reproductive material or *in vitro* embryos, transgenic engineering and reimbursement of the expenditures of donors and surrogate mothers. (3) Sections 14 to 19 set up a system of information management related to assisted reproduction. (4) Sections 20 to 39 establish the Assisted Human Reproduction Agency of Canada. (5) Sections 40 to 59 charge the Agency with administering and enforcing the Act and regulations, and authorize it to issue licences for certain activities related to assisted reproduction. (6) Sections 60 and 61 provide for penalties, (7) ss. 65 to 67 authorize the promulgation of regulations, and (8) s. 68 gives the Governor in Council power to exempt the operation of certain provisions if there are equivalent provincial laws in force that cover the field.

The Attorney General of Quebec accepted that some of the provisions were valid criminal law, but challenged the constitutionality of the balance of the Act in a reference to the Quebec Court of Appeal. According to the Attorney General of Quebec, ss. 8 to 19, 40 to 53, 60, 61 and 68 are attempts to regulate the whole sector of medical practice and research related to assisted reproduction, and are *ultra vires* the federal government. The Quebec Court of Appeal held that the impugned sections were not valid criminal law since their pith and substance was the regulation of medical practice and research in relation to assisted reproduction.

*Held:* The appeal should be allowed in part.

Sections 8, 9, 12, 19 and 60 of the Act are constitutional.

Sections 10, 11, 13, 14 to 18, 40(2), (3), (3.1), (4) and (5), and 44(2) and (3) exceed the legislative authority of the Parliament of Canada under the *Constitution Act, 1867*.

Sections 40(1), (6) and (7), 41 to 43, 44(1) and (4), 45 to 53, 61 and 68 are constitutional to the extent that they relate to constitutionally valid provisions.

(1) Les articles 5 à 9 interdisent le clonage humain, la commercialisation du matériel reproductif humain et des fonctions reproductives de la femme et de l’homme, ainsi que l’utilisation d’embryons *in vitro* sans consentement. (2) Les articles 10 à 13 interdisent diverses activités, sauf conformité aux règlements pris en vertu de la Loi, obtention d’une autorisation et déroulement dans un établissement autorisé. Ces « activités réglementées » s’entendent de la manipulation du matériel reproductif humain ou d’embryons *in vitro*, de la transgénèse et du défraiement des donneurs et des mères porteuses. (3) Les articles 14 à 19 établissent un système de gestion de l’information relative à la procréation assistée. (4) Les articles 20 à 39 créent l’Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée. (5) Les articles 40 à 59 confient à l’Agence la mise en œuvre de la Loi et des règlements et le contrôle de leur application, et ils lui confèrent le pouvoir d’autoriser certaines activités liées à la procréation assistée. (6) Les articles 60 et 61 prévoient des peines, (7) les art. 65 à 67 autorisent l’adoption de règlements et (8) l’art. 68 confère au gouverneur en conseil le pouvoir d’écarter l’application de certaines dispositions de la Loi dans une province déjà dotée de dispositions équivalentes.

Le procureur général du Québec a reconnu que certaines dispositions de la Loi constituaient des règles de droit criminel valides, mais il a contesté la constitutionnalité des autres dans un renvoi adressé à la Cour d’appel du Québec. À son avis, les art. 8 à 19, 40 à 53, 60, 61 et 68 visent à réglementer tout le domaine de la pratique médicale et de la recherche liées à la procréation assistée et excèdent la compétence du gouvernement fédéral. La Cour d’appel du Québec a statué que les dispositions contestées n’étaient pas des règles de droit criminel valides, car leur raison d’être véritable était la réglementation de la pratique médicale et de la recherche liées à la procréation assistée.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli en partie.

Les articles 8, 9, 12, 19 et 60 de la Loi sont constitutionnels.

Les articles 10, 11, 13, 14 à 18, les par. 40(2), (3), (3.1), (4) et (5), et les par. 44(2) et (3) excèdent la compétence législative du Parlement du Canada suivant la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Les paragraphes 40(1), (6) et (7), les art. 41 à 43, les par. 44(1) et (4), les art. 45 à 53, 61 et 68 sont constitutionnels dans la mesure où ils se rattachent à des dispositions constitutionnelles.

*Per McLachlin C.J. and Binnie, Fish and Charron JJ.:* The Act is essentially a series of prohibitions, followed by a set of subsidiary provisions for their administration. While the Act will have beneficial effects and while some of its effects may impact on provincial matters, neither its dominant purpose nor its dominant effect is to set up a regime that regulates and promotes the benefits of artificial reproduction. The fact that the Baird Commission may have referred to positive aspects of assisted reproduction technology in its report does not establish that these benefits were the focus of Parliament's efforts. Furthermore, while the Act employs both a penal and regulatory form, Parliament may validly employ regulations as part of a criminal law provided it targets a legitimate criminal law purpose.

Here, the matter of the statutory scheme, viewed as a whole, is a valid exercise of the federal power over criminal law. The dominant purpose and effect of the legislative scheme is to prohibit practices that would undercut moral values, produce public health evils, and threaten the security of donors, donees, and persons conceived by assisted reproduction. While this initiative necessarily touches on provincial jurisdiction over medical research and practice, these fields are the subject of overlapping federal and provincial jurisdiction. Parliament has a strong interest in ensuring that basic moral standards govern the creation and destruction of life, as well as their impact on persons like donors and mothers. The Act seeks to avert serious damage to the fabric of our society by prohibiting practices that tend to devalue human life and degrade participants. Overlapping with the morality concerns are concerns for public health and security which may be properly targeted by criminal law. These are valid criminal law purposes.

The prohibitions in ss. 8 to 13 come within the scope of the federal criminal law power and are valid criminal law. The provisions are related to ss. 5 to 7, which are conceded to be valid criminal law. Section 8 prohibits the use of reproductive material for the artificial creation of embryos, unless the donor has consented in accordance with the regulations. This relates to the fundamental importance ascribed to human autonomy. Section 9 prohibits persons from obtaining reproductive material from underage donors, except for the purpose of preserving the sperm or ovum or for the purpose of creating a human being that the person reasonably believes will be raised by the donor. This provision

*La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Fish et Charron :* La Loi est essentiellement constituée d'une série d'interdictions dont un ensemble de dispositions accessoires assure la mise en œuvre. Même si la Loi aura des effets bénéfiques et que certains d'entre eux peuvent se répercuter sur des sujets de compétence provinciale, ni son objet principal, ni son effet principal ne sont d'établir un régime de réglementation et de promotion des avantages de la procréation artificielle. Certes, dans son rapport, la Commission Baird renvoie aux aspects positifs des techniques de procréation assistée, mais cela n'établit pas que ces avantages sont l'objet central des mesures prises par le Parlement. En outre, la Loi revêt une forme à la fois pénale et réglementaire, mais le Parlement peut à bon droit recourir à la réglementation pour légiférer en droit pénal, à condition qu'il ait un objectif légitime en droit criminel.

En l'espèce, eu égard à sa matière, le régime législatif, considéré globalement, résulte d'un exercice légitime du pouvoir fédéral de légiférer en droit criminel. L'objet et effet principal du régime législatif est l'interdiction de pratiques qui sont de nature à saper des valeurs morales, à créer des maux pour la santé publique et à compromettre la sécurité des donneurs, des receveurs et des personnes conçues grâce à la procréation assistée. La mesure législative touche nécessairement la compétence provinciale sur la recherche et la pratique médicales, mais il s'agit de domaines où les compétences fédérale et provinciale se chevauchent. Le Parlement a grandement intérêt à ce que les règles éthiques fondamentales régissent la création et la destruction de la vie, de même que les répercussions de celles-ci sur, par exemple, les donneurs et les mères. La Loi prévient la détérioration importante du tissu social en interdisant les pratiques qui tendent à dévaloriser la vie humaine et à avilir les personnes qui y recourent. Au souci moral s'ajoutent le souci sanitaire et celui lié à la sécurité, lesquels peuvent fonder une règle de droit criminel. Il s'agit de véritables objets de droit criminel.

Les interdictions prévues aux art. 8 à 13 relèvent du pouvoir fédéral de légiférer en droit criminel et elles constituent des règles de droit criminel valides. Elles se rattachent aux art. 5 à 7, dont la constitutionnalité est reconnue au regard du droit criminel. L'article 8 interdit l'utilisation de matériel reproductif pour créer artificiellement un embryon, sauf lorsque le donneur y consent conformément aux règlements, ce qui traduit l'importance fondamentale accordée à l'autonomie de la personne. L'article 9 interdit l'obtention de matériel reproductif d'une personne n'ayant pas l'âge fixé, sauf pour conserver ce matériel ou pour créer un être humain dont on est fondé à croire qu'il sera élevé par

seeks to protect vulnerable youth from exploitation and undue pressure. It is an absolute prohibition like ss. 5 to 7, without any accompanying regulations.

Sections 10 and 11 buttress the prohibitions in s. 5. In essence, s. 10 prohibits dealing with human reproductive material without a licence. It targets health risks and moral concerns related to the artificial creation of human life. Section 11 prohibits transgenic engineering unless permitted by the regulations and performed by a licence-holder. By using a selective prohibition to broaden the absolute prohibitions in s. 5 on the creation of chimeras and hybrid entities, s. 11 recognizes that mixing human and non-human genetic material can raise moral concerns long before such experiments result in the creation of a new life form. Working together, licensing and regulation provide for enforceable, tailored prohibitions, which leave the provinces free to regulate the beneficial aspects of genetic manipulation.

Section 12 prohibits reimbursement of donors and surrogate mothers except in accordance with the regulations and with a licence. This provision is rooted in the same concerns as ss. 6 and 7, which prohibit the commercialization of reproduction. Section 13 is an absolute prohibition on the performance of licensed activities in unlicensed premises, backed by a penalty. The artificial creation of human life in clandestine facilities would pose serious health risks to those involved. Ensuring that the facilities of assisted human reproduction are properly supervised also relates to Parliament's moral concerns.

Together with ss. 5 to 7, ss. 8 to 13 form a valid prohibition regime that is consistent with the objectives of the Act as a whole. These provisions contain prohibitions, backed by penalties, and are directed in pith and substance to valid criminal law goals. Although some of the prohibitions impact on the regulation of medical research and practice, the impact is incidental to the legislation's dominant criminal law purpose and limited to those ends. Furthermore, subject to the Act's prohibitions, the provinces are free to enact legislation promoting beneficial practices in the field of assisted reproduction.

While not criminal law in pith and substance, the administrative, organizational, and enforcement provisions in ss. 14 to 68 are integrated into the prohibition

le donneur. Sa raison d'être est de protéger le mineur vulnérable contre l'exploitation et l'incitation pressante. Il constitue une interdiction absolue à l'instar des art. 5 à 7 et il ne s'accompagne d'aucun règlement.

Les articles 10 et 11 appuient les interdictions prévues à l'art. 5. L'article 10 interdit essentiellement l'activité liée au matériel reproductif humain, sauf autorisation préalable. Il vise les risques sanitaires et les préoccupations d'ordre moral liés à la création artificielle de la vie. L'article 11 interdit la transgénèse, sauf en conformité avec les règlements et avec une autorisation. En recourant à une interdiction sélective pour accroître la portée des interdictions absolues que prévoit l'art. 5 et qui frappent la création de chimères et d'hybrides, l'art. 11 reconnaît que la combinaison de matériel génétique humain et non humain peut susciter des préoccupations morales bien avant qu'une telle expérience aboutisse à la création d'une nouvelle forme de vie. Ensemble, autorisation et réglementation circonscrivent le régime d'interdiction et le rendent susceptible d'application, ce qui laisse aux provinces le loisir de réglementer les aspects bénéfiques de la manipulation génétique.

L'article 12 interdit, sauf conformité aux règlements et obtention d'une autorisation, le défraiement d'un donneur ou d'une mère porteuse. Il se fonde sur les mêmes préoccupations que celles qui sous-tendent les art. 6 et 7, lesquels interdisent la commercialisation de la reproduction. L'article 13 frappe d'une interdiction absolue l'exercice d'une activité autorisée dans un établissement non autorisé, et son non-respect rend passible d'une peine. Créer artificiellement une forme de vie humaine dans un local clandestin peut présenter un risque sanitaire important pour les intéressés. Bien encadrer les établissements où l'on recourt à la procréation assistée répond également aux préoccupations morales du Parlement.

Avec les art. 5 à 7, les art. 8 à 13 constituent un régime d'interdiction valide qui est compatible avec les objectifs de la Loi dans son ensemble. Ils renferment des interdictions, appuyées de sanctions, et ils sont véritablement axés sur la réalisation d'objectifs légitimes du droit criminel. Certaines des interdictions qu'ils prévoient ont une incidence sur la réglementation de la recherche et de la pratique médicales, mais cette incidence est accessoire à l'objet principal de la Loi relevant du droit criminel et elle est délimitée par cet objet. De plus, sous réserve des interdictions de la Loi, les provinces peuvent adopter des lois favorisant les pratiques bénéfiques dans le domaine de la procréation assistée.

Même s'ils ne constituent pas des règles de droit criminel par leur caractère véritable, les art. 14 à 68, qui ont trait à la mise en œuvre, à l'organisation et au contrôle

regime set up by ss. 5 to 13. Some of these ancillary provisions are criminal in nature and do not significantly intrude on provincial powers, such as the provisions for enforcement (ss. 45 to 59), promulgation of regulations (ss. 65 to 67), and imposition of penalties (ss. 60 and 61). The organizational provisions in ss. 20 to 39 are also essentially part of the criminal prohibitions in ss. 5 to 13. The information management provisions in ss. 14 to 19 and the administrative provisions in ss. 40 to 44 represent a minor incursion on provincial powers. They generally fall under the provincial powers over property and civil rights and matters of a merely local or private nature. However, since these are very broad heads of power, the intrusion is less serious. Moreover, the provisions do not purport to create a substantive right, but function merely to assist in enforcing the Act. Without the prohibition regime in ss. 5 to 13, they would serve no purpose. Furthermore, the provisions are designed to supplement, rather than exclude, provincial legislation. Finally, Parliament has a history of administering and enforcing statutes addressing issues of morality, health and security by way of licensing bodies. Since the ancillary provisions constitute a minor incursion on provincial jurisdiction, the rational and functional connection test should be applied to determine whether they are valid under the ancillary powers doctrine.

Sections 14 to 68 support the legislative scheme in a way that is rational in purpose and functional in effect. Sections 14 to 19 define standards of consent and privacy, charge the Agency with managing personal health information, and establish rules for the medical profession. These provisions harness the flow of information, first to deal appropriately with consent and related privacy issues, and second to facilitate compliance with the Act. Sections 40 to 44 relate to the issuance of licences for controlled activities, and are directly related to prohibiting harmful and immoral conduct while excepting beneficial activity. The provisions relating to inspection and enforcement found in ss. 45 to 59 are also part and parcel of the scheme prohibiting immoral and potentially harmful uses of human reproductive material. Sections 60 and 61, which provide penal sanctions, are necessary for criminal law provisions. Finally, s. 68 permits the Governor in Council to declare provisions of the Act inapplicable in a province where a provincial law contains similar provisions, pursuant to an agreement with that province. This provision recognizes the fact that assisted human reproduction is an area of

d'application, sont intégrés au régime d'interdiction que créent les art. 5 à 13. Certaines des dispositions accessoires sont foncièrement pénales et n'empiètent pas beaucoup sur les pouvoirs provinciaux, comme celles sur le contrôle d'application (art. 45 à 59), sur l'adoption de règlements (art. 65 à 67) et sur l'imposition de peines (art. 60 et 61). Les dispositions à vocation organisationnelle correspondant aux art. 20 à 39 font aussi essentiellement partie des interdictions de nature criminelle prévues aux art. 5 à 13. Les dispositions relatives à la gestion de l'information — les art. 14 à 19 — et celles de mise en œuvre — les art. 40 à 44 — constituent un empiètement minime sur la compétence provinciale. Elles ressortissent généralement aux pouvoirs provinciaux sur la propriété et les droits civils et sur les matières d'une nature purement locale ou privée. Cependant, s'agissant de chefs de compétence très étendus, l'empiètement est moins grave. Qui plus est, les dispositions ne créent pas de droit substantiel, mais contribuent seulement à l'application de la Loi. Sans le régime d'interdiction des art. 5 à 13, ces dispositions seraient sans objet. Aussi, elles visent à compléter le régime législatif, et non à écarter le droit provincial. Enfin, le Parlement a déjà, dans le passé, assuré au moyen d'organismes d'autorisation la mise en œuvre et le contrôle d'application de lois s'attaquant à la morale, à la santé et à la sécurité. Comme les dispositions accessoires constituent un empiètement minime sur la compétence provinciale, il convient d'appliquer le critère du lien rationnel et fonctionnel pour déterminer si elles sont valides au regard de la doctrine des pouvoirs accessoires.

Les articles 14 à 68 appuient le régime législatif d'une manière rationnelle quant à l'objet et fonctionnelle quant à l'effet. Les articles 14 à 19 définissent les exigences applicables au consentement et à la protection des renseignements personnels, confient à l'Agence la gestion des renseignements personnels médicaux et assujettissent à des règles la profession médicale. Ces dispositions encadrent la communication de renseignements, d'abord pour régler convenablement la question du consentement et les questions connexes touchant à la protection des renseignements personnels, puis pour faciliter le respect de la Loi. Les articles 40 à 44 ont pour objet la délivrance d'autorisations pour l'exercice d'activités réglementées, ce qui est directement lié au fait d'interdire l'activité préjudiciable et immorale et de prévoir une exception pour l'activité bénéfique. Les dispositions relatives à l'inspection et au contrôle d'application se trouvent aux art. 45 à 59 de la Loi et font également partie du régime interdisant l'utilisation immorale et potentiellement préjudiciable du matériel reproductif humain. Les articles 60 et 61, qui prévoient des sanctions pénales, sont nécessaires à l'application de règles de droit criminel. Enfin, l'art. 68

overlapping jurisdiction, and allows provincial schemes to govern exclusively where provincial laws are equivalent to the federal scheme. The ancillary provisions are thus valid under the ancillary powers doctrine.

*Per* LeBel, Deschamps, Abella and Rothstein JJ.: Sections 8 to 19, 40 to 53, 60, 61 and 68 of the Act exceed the legislative authority of the Parliament of Canada under the *Constitution Act, 1867*. The provisions of the Act concerning controlled activities, namely those involving assistance for human reproduction and related research activities, do not fall under the criminal law power, but belong to the jurisdiction of the provinces over hospitals, property and civil rights, and matters of a merely local nature.

The first step of the constitutional analysis involves identifying the pith and substance (purpose and effects) of the impugned provisions. Those provisions must be considered separately before considering their connection with the other provisions of the Act, since the purposes and effects of a statute's many provisions can be different. It is also important to identify the pith and substance of the impugned provisions as precisely as possible, since a vague characterization could lead not only to the dilution of and confusion with respect to the constitutional doctrines, but also to an erosion of the scope of provincial powers as a result of the federal paramountcy doctrine. If the pith and substance of the provisions falls within the jurisdiction of the other level of government, it is necessary first to assess the extent of the overflow in light of the purpose of the provisions and to weigh their effects. It must then be determined whether the provisions form part of an otherwise valid statute. Finally, the impugned provisions must be considered in the context of the entire statute in order to determine whether they are sufficiently integrated with the other provisions of the otherwise valid statute. This review must make it possible to establish a relationship between the extent of the jurisdictional overflow and the importance of the provisions themselves within the statute of which they form a part. There are two applicable concepts: functionality and necessity. The more necessary the provisions are to the effectiveness of the rules set out in the part of the statute that is not open to challenge, the greater the acceptable overflow will be. Care must be taken to maintain the constitutional balance of powers at all stages of the constitutional analysis.

de la Loi permet au gouverneur en conseil de déclarer certaines dispositions de la Loi inapplicables dans une province dotée de dispositions équivalentes, moyennant un accord avec la province. Cette disposition reconnaît que la procréation assistée est un domaine où les compétences se chevauchent et elle permet qu'un régime provincial équivalent s'applique en lieu et place du régime fédéral. Les dispositions accessoires sont donc constitutionnelles au regard de la doctrine des pouvoirs accessoires.

*Les* juges LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein : Les articles 8 à 19, 40 à 53, 60, 61 et 68 de la Loi excèdent la compétence législative conférée au Parlement du Canada par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les dispositions de la Loi qui concernent les activités réglementées, c'est-à-dire l'assistance à la procréation et les activités de recherche connexes, ne relèvent pas du droit criminel, mais plutôt de la compétence des provinces sur les hôpitaux, la propriété et les droits civils et les matières d'une nature purement locale.

La première étape de l'analyse constitutionnelle consiste à déterminer le caractère véritable (objet et effets) des dispositions contestées. Celles-ci doivent être étudiées séparément, avant d'examiner le lien qu'elles entretiennent avec les autres dispositions de la Loi, car l'objet et l'effet des nombreuses dispositions d'une loi peuvent être différents. Il importe aussi de déterminer avec le plus de précision possible ce caractère véritable, car une formulation floue entraînerait un risque non seulement de dilution et de confusion des doctrines constitutionnelles, mais aussi d'érosion du champ d'action des compétences provinciales en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale. Si le caractère véritable des dispositions relève de l'autre ordre de gouvernement, il faut d'abord évaluer l'étendue du débordement en fonction de l'objet des dispositions et mesurer les effets de celles-ci. Il faut ensuite vérifier si les dispositions s'insèrent dans une loi par ailleurs valide. Finalement, on doit considérer les dispositions contestées dans le contexte de l'ensemble de la loi pour déterminer si elles sont suffisamment intégrées aux autres dispositions de la loi par ailleurs valides. Cet examen doit permettre d'établir un rapport entre l'étendue du débordement de compétence et l'importance des dispositions elles-mêmes au sein de la loi dont elles font partie. Deux notions s'appliquent : fonctionnalité et nécessité. Plus les dispositions seront nécessaires à l'efficacité des normes figurant dans la partie non contestable de la loi, plus la marge de tolérance du débordement sera grande. Le souci du maintien de l'équilibre fédératif doit être présent à chacune des étapes de l'analyse constitutionnelle.

In this case, the purpose and the effects of the impugned provisions relate to the regulation of a specific type of health services provided in health-care institutions by professionals to individuals who for pathological or physiological reasons need help to reproduce. Their pith and substance is the regulation of assisted human reproduction as a health service. In the Act, substantive and formal distinctions are drawn between prohibited activities and controlled activities. This dichotomy appears clearly from Parliament's statement of principles in s. 2 and from the titles used in the Act itself. Furthermore, whereas the category of controlled activities concerns services that are available to persons in need of assistance because of an inability to reproduce and that are used by professionals who provide the required help, the activities that are prohibited completely do not involve techniques used in assisted human reproduction. The impugned provisions do not have the same purpose as the unchallenged provisions. They were enacted to establish mandatory national standards for assisted human reproduction. As can be seen from the legislative history, this was how Parliament believed that the benefits of assisted human reproductive technologies and related research for individuals, for families and for society in general could be most effectively secured. When it decided to regulate what are called "controlled" activities, Parliament took into account the concerns expressed about the ethical and moral aspects and the safety of assisted reproductive activities. And in so doing it intended to implement a recommendation from the Baird Commission in order to ensure that Canadians could have access to assisted reproduction services. Regarding the activities that are prohibited completely, Parliament responded to what was presented to it as a consensus that they are reprehensible. Those prohibitions are therefore intended to prevent activities and the use of technologies that do not form part of the process of genetic research or assisted human reproduction.

A review of the effects of the provisions of the Act confirms that the impugned scheme seriously affects the practice of medicine and overlaps or conflicts with many Quebec statutes and regulations. The impugned provisions have a direct impact on the relationship between physicians called upon to use assisted reproductive technologies, donors, and patients. Section 8 sets out rules on consent for the removal and use of human reproductive material, even though rules on consent already exist in the *Civil Code of Québec*. Similarly, s. 12 implicitly authorizes surrogacy contracts, whereas the *Code* provides that such contracts are null. Moreover, ss. 10, 11, 13, 40(1) and 42 require researchers and physicians who engage in activities

En l'espèce, l'objet et les effets des dispositions contestées sont de régler un secteur particulier des services de santé dispensés dans des établissements de soins de santé par des professionnels au bénéfice de personnes qui, pour des raisons pathologiques ou physiologiques, ont besoin d'aide pour procréer. Leur caractère véritable est la réglementation de la procréation assistée en tant que service de santé. La Loi fait des distinctions matérielles et formelles entre les actes interdits et les activités réglementées. Cette dichotomie ressort de l'énoncé de principes du Parlement à l'art. 2 et des titres employés dans la loi elle-même. De plus, alors que les activités réglementées visent des services dont peuvent bénéficier les personnes qui ont besoin d'assistance en raison de leur incapacité à procréer et auxquels ont recours les professionnels qui fournissent l'aide requise, les actes interdits totalement ne sont pas des techniques utilisées pour la procréation assistée. L'objet des dispositions contestées n'est pas le même que celui des dispositions non contestées. Les dispositions contestées visent à établir des normes impératives nationales en matière de procréation assistée. L'historique législatif démontre que ce moyen était celui que le Parlement jugeait le plus efficace pour garantir les avantages que présentent, pour les individus, les familles et la société en général, la procréation assistée et la recherche dans le domaine. En encadrant les activités dites réglementées, le Parlement a tenu compte des préoccupations éthiques, morales et de sécurité exprimées relativement à la procréation assistée et il a entendu donner suite à une recommandation de la Commission Baird afin que les Canadiens et Canadiennes puissent avoir accès à des services d'assistance à la procréation. Quant aux actes prohibés totalement, le Parlement a réagi à ce qui lui a été présenté comme un consensus sur leur caractère répréhensible. Les prohibitions visent ainsi à empêcher l'exécution d'actes et l'utilisation de techniques qui ne s'insèrent pas dans le processus de recherche génétique ou de procréation assistée.

L'examen des effets des dispositions de la Loi confirme que le régime contesté affecte sérieusement l'exercice de la médecine et chevauche un grand nombre de lois et de règlements québécois ou entre en conflit avec eux. Les dispositions contestées touchent directement la relation entre le médecin appelé à recourir aux techniques de procréation assistée, le donneur et le patient. L'article 8 prescrit des règles applicables au consentement au prélèvement et à l'usage du matériel reproductif humain alors que des règles relatives au consentement existent déjà dans le *Code civil du Québec*. De même, l'art. 12 autorise implicitement la conclusion d'un contrat de mère porteuse, alors que ce type de relation contractuelle est déclaré nul par le *Code*. Par ailleurs, les art. 10, 11 et 13,

related to treatments for infertility to obtain licences from the Federal Agency even though other Quebec legislation already requires them to obtain permits. Sections 14 to 19 establish a system for the management and disclosure of information relating to assisted reproductive activities, but Quebec already has its own rules governing the use of assisted reproductive technologies by health-care institutions and physicians, and the disclosure of confidential information is also subject to provisions of several Quebec statutes and regulations. Finally, the oversight by the Federal Agency under ss. 45 to 53 duplicates the oversight provided for in other Quebec statutes.

The impugned provisions, viewed from the perspective of their pith and substance, are not connected with the federal criminal law power. The criminal law power does not give Parliament an unconditional right to take action to protect morality, safety and public health. To be connected with this federal head of power, a law or a provision must (1) suppress an evil, (2) establish a prohibition and (3) accompany that prohibition with a penalty. It is not enough to identify a public purpose that would have justified Parliament's action. That purpose must also involve suppressing an evil or safeguarding a threatened interest. The evil must be real and the apprehension of harm must be reasonable. This requirement constitutes an essential element of the substantive component of the definition of criminal law, and it applies with equal force where the legislative action is based on morality. Recourse to the criminal law power cannot be based solely on concerns for efficiency or consistency, as such concerns, viewed in isolation, do not fall under the criminal law. In the case at bar, although a connection can be made between the pith and substance of the absolute prohibitions and a risk of harm, the same cannot be said of the regulation of the other activities and of the regulatory scheme that is established in the Act. Nothing in the record suggests that the controlled activities should be regarded as conduct that is reprehensible or represents a serious risk to morality, safety or public health. A review of all the work of the Baird Commission and the evidence confirms that, where the impugned provisions are concerned, Parliament's action did not have the purpose of upholding morality and was not based on a reasoned apprehension of harm, but was instead intended to establish national standards for assisted human reproduction.

The impugned provisions represent an overflow of the exercise of the federal criminal law power. Their

ainsi que le par. 40(1) et l'art. 42 obligent les chercheurs et les médecins qui accomplissent des actes liés aux traitements contre l'infertilité d'obtenir une autorisation de l'Agence fédérale, alors que l'obligation d'obtenir un permis est déjà imposée par d'autres lois québécoises. Les articles 14 à 19 instaurent un système de gestion et de communication de l'information concernant les pratiques de procréation assistée, mais au Québec, de telles règles régissent déjà les établissements de santé et les médecins lorsqu'ils ont recours aux techniques de procréation assistée, et la communication de l'information confidentielle est aussi régie par un grand nombre de textes législatifs québécois. Enfin, la surveillance exercée par l'Agence fédérale en vertu des art. 45 à 53 fait double emploi avec celle découlant de l'application d'autres lois québécoises.

Les dispositions contestées, considérées sous l'angle de leur caractère véritable, ne se rattachent pas à la compétence fédérale sur le droit criminel. La compétence en droit criminel ne confère pas au Parlement un droit inconditionnel d'intervenir pour protéger la morale, la sécurité et la santé publique. Pour être rattachée à ce chef de compétence fédérale, une loi ou une disposition doit (1) réprimer un mal, (2) énoncer une interdiction et (3) accompagner cette interdiction d'une sanction. Il n'est pas suffisant d'identifier une fin publique qui aurait justifié l'intervention du Parlement. Encore faut-il qu'il s'agisse de la répression d'un mal ou de la protection d'intérêts menacés. Le mal doit être réel et l'appréhension du préjudice doit être raisonnable. Cette exigence constitue une composante essentielle du volet matériel de la définition du droit criminel, et elle se pose tout autant lorsque l'intervention législative est fondée sur la morale. Le recours au pouvoir de légiférer en matière de droit criminel ne saurait se fonder simplement sur un souci d'efficacité ou d'uniformité, puisqu'un tel objet, pris isolément, ne relève pas du droit criminel. En l'espèce, si le caractère véritable des prohibitions absolues peut être lié à un risque de préjudice, il n'en va pas de même de la réglementation des autres activités et du régime de contrôle mis en place par la Loi. Le dossier ne fait état d'aucun élément qui assimilerait les activités réglementées à des actes répréhensibles ou présentant des risques graves pour la morale, la sécurité ou la santé publique. L'examen de l'ensemble des travaux de la Commission Baird et de la preuve confirme que l'intervention du Parlement, en ce qui a trait aux dispositions attaquées, n'avait aucunement comme objectif de préserver la morale et n'était pas fondée sur une appréhension raisonnée de préjudice, mais visait plutôt à établir des normes nationales pour régir la procréation assistée.

Les dispositions contestées débordent les limites de la compétence fédérale en droit criminel. De fait, leur

pith and substance is connected with the provinces' exclusive jurisdiction over hospitals, property and civil rights, and matters of a merely local nature. The impugned provisions affect rules with respect to the management of hospitals, since Parliament has provided that the Act applies to all premises in which controlled activities are undertaken. Furthermore, the fact that several of the impugned provisions concern subjects that are already governed by the *Civil Code of Québec* and other Quebec legislation is an important indication that in pith and substance, the provisions lie at the very core of the provinces' jurisdiction over civil rights and local matters.

Given the extent of the overflow in this case, it cannot be found that an ancillary power has been validly exercised unless the impugned provisions have a relationship of necessity with the rest of the statute. However, the scheme established by the prohibitory provisions does not depend on the existence of the regulatory scheme. As well, it is clear from the legislative history that the prohibitory provisions were in fact always considered to stand alone and that the regulation of certain activities did not depend on the prohibition of other activities. It must be inferred from this that in setting up the regulatory scheme, Parliament's intention was to enact legislation in relation to a matter outside its jurisdiction.

The provisions pursuant to which the Federal Agency is responsible for implementing the regulatory scheme are purely ancillary and have no independent purpose. They are invalid. Furthermore, the constitutional defects are not remedied by s. 68, which authorizes the Governor in Council to declare certain provisions inapplicable if the federal minister and the government of a province so agree, as the jurisdictional overflow remains just as great as long as regulation of the activities in question remains dependent on the will of the federal government. Finally, if the principle of subsidiarity were to play a role in the case at bar, it would favour connecting the rules in question with the provinces' jurisdiction over local matters, not with the criminal law power.

*Per Cromwell J.:* The matter of the impugned provisions is regulation of virtually every aspect of research and clinical practice in relation to assisted human reproduction. The matter of the challenged provisions is best classified as relating to the establishment, maintenance and management of hospitals, property and civil rights in the province and matters of a merely local or private nature in the province. Sections 10, 11, 13, 14 to 18, 40(2), (3), (3.1), (4) and (5), and 44(2) and (3) exceed the legislative authority of the Parliament

caractère véritable se rattache à la compétence exclusive des provinces sur les hôpitaux, sur la propriété et les droits civils et sur les matières d'une nature purement locale. Les dispositions contestées touchent les normes de gestion des hôpitaux, car le Parlement a assujéti à la Loi tous les établissements où des activités réglementées sont exercées. De plus, le fait que plusieurs des dispositions contestées portent sur des sujets déjà régis par le *Code civil du Québec* et d'autres lois québécoises est une indication importante que, par leur caractère véritable, les dispositions se situent au cœur même de la compétence provinciale sur les droits civils et sur les matières locales.

Étant donné l'ampleur du débordement en l'espèce, pour conclure à la validité de l'exercice d'une compétence accessoire, les dispositions contestées doivent avoir un rapport de nécessité avec le reste de la loi. Or, le régime créé par les dispositions d'interdiction ne dépend pas de l'existence du régime de réglementation. De plus, il ressort de l'historique législatif que, dans les faits, les dispositions prohibitives ont toujours été considérées comme autonomes et que la réglementation de certaines activités ne dépendait pas de l'interdiction d'actes distincts. Compte tenu de ceci, il y a lieu d'inférer que la mise en place du régime de réglementation traduit la volonté du Parlement de légiférer sur une matière qui ne relève pas de sa compétence.

Les dispositions conférant à l'Agence fédérale la responsabilité de mettre en œuvre le régime réglementaire sont purement accessoires et sont dénuées de tout objet indépendant. Elles sont invalides. De plus, l'art. 68 qui permet au gouverneur en conseil de déclarer certaines dispositions inapplicables lorsque le ministre fédéral et le gouvernement provincial en sont convenus ne corrige pas les vices constitutionnels, car le débordement de compétence demeure aussi important tant que le contrôle des activités en cause reste assujéti au bon vouloir de l'ordre fédéral. Enfin, si le principe de subsidiarité devait jouer en l'espèce, il militerait en faveur du rattachement des normes en cause à la compétence provinciale relative aux matières locales, et non au droit criminel.

*Le juge Cromwell :* La matière dont relèvent les dispositions contestées correspond à la réglementation de presque toutes les facettes de la recherche et de l'activité clinique liées à la procréation assistée. Il convient de rattacher les dispositions contestées à l'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux, la propriété et les droits civils dans la province et les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province. Les articles 10, 11, 13 et 14 à 18, les par. 40(2), (3), (3.1), (4) et (5), ainsi que les par. 44(2) et (3) excèdent la compétence

of Canada under the *Constitution Act, 1867*. However, ss. 8, 9 and 12 in purpose and effect prohibit negative practices associated with assisted reproduction and fall within the traditional ambit of the federal criminal law power. Similarly, ss. 40(1), (6) and (7), 41 to 43, and 44(1) and (4) set up the mechanisms to implement s. 12 and, to the extent that they relate to provisions of the Act which are constitutional, were properly enacted by Parliament. Sections 45 to 53, to the extent that they deal with inspection and enforcement in relation to constitutionally valid provisions of the Act, are also properly enacted under the criminal law power. The same is true for ss. 60 and 61, which create offences. Section 68 is also constitutional, although its operation will be limited to constitutional sections of the Act. Given that the other provisions establishing the Assisted Human Reproduction Agency of Canada are not contested, there is no constitutional objection to s. 19.

### Cases Cited

By McLachlin C.J.

**Referred to:** *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, 2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146; *Ward v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569; *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*, ss. 22 and 23, 2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669; *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, 2005 SCC 13, [2005] 1 S.C.R. 188; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Ross v. Registrar of Motor Vehicles*, [1975] 1 S.C.R. 5; *In re The Board of Commerce Act, 1919, and The Combines and Fair Prices Act, 1919*, [1922] 1 A.C. 191; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1; *Boggs v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R.

législative du Parlement du Canada suivant la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toutefois, les art. 8, 9 et 12, eu égard à leur objet et à leur effet, interdisent des activités néfastes liées à la procréation assistée et relèvent traditionnellement de la compétence législative fédérale en droit criminel. De même, les par. 40(1), (6) et (7), les art. 41 à 43 et les par. 44(1) et (4) établissent les mécanismes de mise en œuvre de l'art. 12 et, dans la mesure où ils se rattachent à des dispositions constitutionnelles de la Loi, ils ont été valablement édictés par le Parlement. Les articles 45 à 53, dans la mesure où ils ont trait à l'inspection et au contrôle d'application se rapportant aux dispositions constitutionnelles de la Loi, ressortissent également au pouvoir de légiférer en droit criminel. Il en est de même des art. 60 et 61, qui créent des infractions. L'article 68 est constitutionnel, bien qu'il ne s'appliquera qu'aux dispositions constitutionnelles de la Loi. Vu l'absence de contestation des autres dispositions créant l'Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée, rien ne fait obstacle à la constitutionnalité de l'art. 19.

### Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

**Arrêts mentionnés :** *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146; *Ward c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569; *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, 2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669; *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206; *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Ross c. Régistrare des véhicules automobiles*, [1975] 1 R.C.S. 5; *In re The Board of Commerce Act, 1919, and The Combines and Fair Prices Act, 1919*, [1922] 1 A.C. 191; *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1; *Boggs c. La Reine*,

49; *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Russell v. The Queen* (1882), 7 App. Cas. 829; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112; *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241; *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152; *Siemens v. Manitoba (Attorney General)*, 2003 SCC 3, [2003] 1 S.C.R. 6; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *Papp v. Papp*, [1970] 1 O.R. 331; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] S.C.R. 497.

By LeBel and Deschamps JJ.

**Referred to:** *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Siemens v. Manitoba (Attorney General)*, 2003 SCC 3, [2003] 1 S.C.R. 6; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113; *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Reference re Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004; *Robinson v. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 753; *Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] S.C.R. 570; *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348; *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for the Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Papp v. Papp*, [1970] 1 O.R. 331; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, 2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721; *In re The Board of Commerce Act, 1919, and The*

[1981] 1 R.C.S. 49; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Russell c. The Queen* (1882), 7 App. Cas. 829; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241; *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152; *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, 2003 CSC 3, [2003] 1 R.C.S. 6; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *Papp c. Papp*, [1970] 1 O.R. 331; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Lord's Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia*, [1959] R.C.S. 497.

Citée par les juges LeBel et Deschamps

**Arrêts mentionnés :** *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, 2003 CSC 3, [2003] 1 R.C.S. 6; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113; *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004; *Robinson c. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 753; *Attorney-General for Ontario c. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] R.C.S. 570; *Smith c. The Queen*, [1960] R.C.S. 776; *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348; *Attorney-General of Ontario c. Attorney-General for the Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189; *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Papp c. Papp*, [1970] 1 O.R. 331; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; *Toronto*

*Combines and Fair Prices Act, 1919*, [1922] 1 A.C. 191; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914; *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Workmen's Compensation Board v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1920] A.C. 184; *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] S.C.R. 396; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662; *Attorney General for Canada and Dupond v. City of Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112; *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226.

By Cromwell J.

**Referred to:** *Chatterjee v. Ontario (Attorney General)*, 2009 SCC 19, [2009] 1 S.C.R. 624; *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641.

### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting clinical and research activities relating to assisted procreation*, R.S.Q., c. A-5.01.  
*Act respecting health services and social services*, R.S.Q., c. S-4.2, ss. 9 *et seq.*, 17 *et seq.*, 79 *et seq.*, 339 *et seq.*, 413.2, 414, 437.  
*Act respecting medical laboratories, organ, tissue, gamete and embryo conservation, and the disposal of human bodies*, R.S.Q., c. L-0.2, s. 31.  
*Assisted Human Reproduction Act*, S.C. 2004, c. 2.  
*Assisted Human Reproduction (Section 8 Consent) Regulations*, SOR/2007-137.  
 Bill C-6, *An Act respecting assisted human reproduction and related research*, 3rd Sess., 37th Parl., 2004.  
 Bill C-13, *An Act respecting assisted human reproduction*, 2nd Sess., 37th Parl., 2002.  
 Bill C-47, *An Act respecting human reproductive technologies and commercial transactions relating to human reproduction*, 2nd Sess., 35th Parl., 1996.  
 Bill C-56, *An Act respecting assisted human reproduction*, 1st Sess., 37th Parl., 2001-2002.  
 Bill C-247, *An Act to amend the Criminal Code (genetic manipulation)*, 1st Sess., 36th Parl., 1997.

*Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721; *In re The Board of Commerce Act, 1919, and The Combines and Fair Prices Act, 1919*, [1922] 1 A.C. 191; *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Workmen's Compensation Board c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1920] A.C. 184; *Provincial Secretary of Prince Edward Island c. Egan*, [1941] R.C.S. 396; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662; *Procureur général du Canada et Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226.

Citée par le juge Cromwell

**Arrêts mentionnés :** *Chatterjee c. Ontario (Procureur général)*, 2009 CSC 19, [2009] 1 R.C.S. 624; *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1.  
*Code civil du Québec*, L.R.Q., ch. C-1991, art. 10 à 25, 541.  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 52 à 56, 62, 156 [abr. L.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 9], 157 [abr. L.C. 1987, ch. 24, art. 4], 158 [*idem*], 207(1)a), 265.  
*Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 150, 237.  
*Code criminel*, S.R.C. 1906, ch. 146, art. 207, 303, 306.  
*Code criminel*, S.R.C. 1927, ch. 36, art. 207, 303, 306.  
*Code criminel, 1892*, S.C. 1892, ch. 29, art. 179, 271, 272.  
*Code de déontologie des médecins*, R.R.Q., ch. M-9, r. 4.1, art. 20, 21, 28, 29, 49.  
*Code des professions*, L.R.Q., ch. C-26.  
*Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.R.C. 1985, ch. 16 (4<sup>e</sup> suppl.), art. 34(6).  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91, 92.  
*Loi médicale*, L.R.Q., ch. M-9, art. 42.  
*Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, ch. 2.  
*Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, L.R.Q., ch. A-5.01.

- Bill C-336, *An Act to amend the Criminal Code (genetic manipulation)*, 1st Sess., 37th Parl., 2001.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 1.
- Canadian Environmental Protection Act*, R.S.C. 1985, c. 16 (4th Supp.), s. 34(6).
- Civil Code of Québec*, R.S.Q., c. C-1991, arts. 10 to 25, 541.
- Code of ethics of physicians*, R.R.Q., c. M-9, r. 4.1, ss. 20, 21, 28, 29, 49.
- Constitution Act, 1867*, ss. 91, 92.
- Court of Appeal Reference Act*, R.S.Q., c. R-23.
- Criminal Code*, R.S.C. 1906, c. 146, ss. 207, 303, 306.
- Criminal Code*, R.S.C. 1927, c. 36, ss. 207, 303, 306.
- Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 52 to 56, 62, 156 [rep. S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 9], 157 [rep. S.C. 1987, c. 24, s. 4], 158 [idem], 207(1)(a), 265.
- Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51, ss. 150, 237.
- Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29, ss. 179, 271, 272.
- Medical Act*, R.S.Q., c. M-9, s. 42.
- Professional Code*, R.S.Q., c. C-26.
- Loi sur les laboratoires médicaux, la conservation des organes, des tissus, des gamètes et des embryons et la disposition des cadavres*, L.R.Q., ch. L-0.2, art. 31.
- Loi sur les renvois à la Cour d'appel*, L.R.Q., ch. R-23.
- Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., ch. S-4.2, art. 9 et suiv., 17 et suiv., 79 et suiv., 339 et suiv., 413.2, 414, 437.
- Projet de loi C-6, *Loi concernant la procréation assistée et la recherche connexe*, 3<sup>e</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 2004.
- Projet de loi C-13, *Loi concernant la procréation assistée*, 2<sup>e</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 2002.
- Projet de loi C-47, *Loi concernant les techniques de reproduction humaine et les opérations commerciales liées à la reproduction humaine*, 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 1996.
- Projet de loi C-56, *Loi concernant la procréation assistée*, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 2001-2002.
- Projet de loi C-247, *Loi modifiant le Code criminel (manipulation génétique)*, 1<sup>re</sup> sess., 36<sup>e</sup> lég., 1997.
- Projet de loi C-336, *Loi modifiant le Code criminel (manipulation génétique)*, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 2001.
- Règlement sur la procréation assistée (article 8 de la Loi)*, DORS/2007-137.

#### Authors Cited

- Baylis, Françoise. Expert Report. *The Regulation of Assisted Human Reproductive Technologies and Related Research: A Public Health, Safety and Morality Argument*. August 2006.
- Beaudoin, Gérald-A., en collaboration avec Pierre Thibault. *La Constitution du Canada: institutions, partage des pouvoirs, Charte canadienne des droits et libertés*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2004.
- Bissonnette, François. Rapport d'expertise. *La procréation médicalement assistée au Canada et au Québec — Survol et enjeux*. Avril 2006.
- Bordet, Sylvie, Sabrina Feldman and Bartha Maria Knoppers. "Legal Aspects of Animal-Human Combinations in Canada" (2007), 1 *M.H.L.P.* 83.
- Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 5<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.
- Campbell, Angela. "Defining a Policy Rationale for the Criminal Regulation of Reproductive Technologies" (2002), 11 *Health L. Rev.* 26.
- Canada. Discussion Group on Embryo Research. *Research on Human Embryos in Canada* (Final Report). Ottawa: 1995.
- Canada. Health Canada. News Release 1995-57. *Health Minister Calls for Moratorium on Applying Nine Reproductive Technologies and Practices in Humans*, July 27, 1995.

#### Doctrine citée

- Baylis, Françoise. Expert Report. *The Regulation of Assisted Human Reproductive Technologies and Related Research : A Public Health, Safety and Morality Argument*. August 2006.
- Beaudoin, Gérald-A., en collaboration avec Pierre Thibault. *La Constitution du Canada : institutions, partage des pouvoirs, Charte canadienne des droits et libertés*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2004.
- Bissonnette, François. Rapport d'expertise. *La procréation médicalement assistée au Canada et au Québec — Survol et enjeux*. Avril 2006.
- Bordet, Sylvie, Sabrina Feldman and Bartha Maria Knoppers. « Legal Aspects of Animal-Human Combinations in Canada » (2007), 1 *P.D.S.M.* 83.
- Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 5<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008.
- Campbell, Angela. « Defining a Policy Rationale for the Criminal Regulation of Reproductive Technologies » (2002), 11 *Health L. Rev.* 26.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, n<sup>o</sup> 188, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 21 mai 2002.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, n<sup>o</sup> 192, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 27 mai 2002.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 138, n<sup>o</sup> 047, 2<sup>e</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 28 janvier 2003.

- Canada. Health Canada. *Proposals for Legislation Governing Assisted Human Reproduction: An Overview*, May 2001.
- Canada. House of Commons. *Evidence of the Standing Committee on Health*, No. 013, 1st Sess., 37th Parl., May 3, 2001 (online: <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1040776&Mode=1&Parl=37&Ses=1&Language=E>).
- Canada. House of Commons. *Evidence of the Standing Committee on Health*, No. 013, 2nd Sess., 37th Parl., December 9, 2002 (online: <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=628385&Mode=1&Parl=37&Ses=2&Language=E>).
- Canada. House of Commons. *Evidence of the Standing Committee on Health*, No. 016, 1st Sess., 37th Parl., May 17, 2001 (online: <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1040839&Mode=1&Parl=37&Ses=1&Language=E>).
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 137, No. 188, 1st Sess., 37th Parl., May 21, 2002.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 137, No. 192, 1st Sess., 37th Parl., May 27, 2002.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 138, No. 047, 2nd Sess., 37th Parl., January 28, 2003.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 138, No. 072, 2nd Sess., 37th Parl., March 18, 2003, p. 4335.
- Canada. Royal Commission on New Reproductive Technologies. *Proceed with Care: Final Report of the Royal Commission on New Reproductive Technologies*. Ottawa: Minister of Government Services Canada, 1993.
- Côté-Harper, Gisèle, Pierre Rainville et Jean Turgeon. *Traité de droit pénal canadien*, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.
- Gaudreault-DesBiens, Jean-François. "The Irreducible Federal Necessity of Jurisdictional Autonomy, and the Irreducibility of Federalism to Jurisdictional Autonomy", in Sujit Choudhry, Jean-François Gaudreault-DesBiens and Lorne Sossin, eds., *Dilemmas of Solidarity: Rethinking Redistribution in the Canadian Federation*. Toronto: University of Toronto Press, 2006, 185.
- Great Britain. Scottish Home Department. *Report of the Departmental Committee on Human Artificial Insemination*. London: Her Majesty's Stationery Office, 1960.
- Healy, Patrick. "Statutory Prohibitions and the Regulation of New Reproductive Technologies under Federal Law in Canada" (1995), 40 *McGill L.J.* 905.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 138, n° 072, 2<sup>e</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 18 mars 2003, p. 4335.
- Canada. Chambre des communes. *Témoignages du Comité permanent de la santé*, n° 013, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 3 mai 2001 (en ligne : <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1040776&Mode=1&Parl=37&Ses=1&Language=F>).
- Canada. Chambre des communes. *Témoignages du Comité permanent de la santé*, n° 013, 2<sup>e</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 9 décembre 2002 (en ligne : <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=628385&Mode=1&Parl=37&Ses=2&Language=F>).
- Canada. Chambre des communes. *Témoignages du Comité permanent de la santé*, n° 016, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 17 mai 2001 (en ligne : <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1040839&Mode=1&Parl=37&Ses=1&Language=F>).
- Canada. Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction. *Un virage à prendre en douceur : rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction*. Ottawa : Ministre de Services gouvernementaux Canada, 1993.
- Canada. Groupe de discussion sur la recherche sur les embryons. *Recherche sur l'embryon humain au Canada* (Rapport final). Ottawa : 1995.
- Canada. Santé Canada. Communiqué 1995-57. *La ministre de la Santé annonce un moratoire sur neuf techniques et pratiques de reproduction*, 27 juillet 1995.
- Canada. Santé Canada. *Propositions relatives au projet de loi régissant l'assistance à la procréation : Aperçu*, mai 2001.
- Côté-Harper, Gisèle, Pierre Rainville et Jean Turgeon. *Traité de droit pénal canadien*, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.
- Gaudreault-DesBiens, Jean-François. « The Irreducible Federal Necessity of Jurisdictional Autonomy, and the Irreducibility of Federalism to Jurisdictional Autonomy », in Sujit Choudhry, Jean-François Gaudreault-DesBiens and Lorne Sossin, eds., *Dilemmas of Solidarity : Rethinking Redistribution in the Canadian Federation*. Toronto : University of Toronto Press, 2006, 185.
- Grande-Bretagne. Scottish Home Department. *Report of the Departmental Committee on Human Artificial Insemination*. London : Her Majesty's Stationery Office, 1960.
- Healy, Patrick. « Statutory Prohibitions and the Regulation of New Reproductive Technologies under Federal Law in Canada » (1995), 40 *R.D. McGill* 905.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2009, release 1).

- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2009, release 1).
- Lederman, W. R. “Mr. Justice Rand and Canada’s Federal Constitution” (1979-1980), 18 *U.W.O. L. Rev.* 31.
- Mundell, D. W. “Tests for Validity of Legislation under the British North America Act: A Reply to Professor Laskin” (1955), 33 *Can. Bar Rev.* 915.
- Nisker, Jeff. Expert Report. *Quebec Challenge to Assisted Human Reproduction Act — Response to the Report by François Bissonnette MD FRCSC*. August 2006.
- Sheldon, S., and S. Wilkinson. “Should selecting saviour siblings be banned?” (2004), 30 *J. Med. Ethics* 533.
- Somerville, Margaret. “Reprogenetics: Unprecedented Challenges to Respect for Human Life” (2005), 38 *Law/Tech. J.* 1.
- Tremblay, André. *Les Compétences législatives au Canada et les Pouvoirs provinciaux en Matière de Propriété et de Droits civils*. Ottawa: Université d’Ottawa, 1967.
- Lederman, W. R. « Mr. Justice Rand and Canada’s Federal Constitution » (1979-1980), 18 *U.W.O. L. Rev.* 31.
- Mundell, D. W. « Tests for Validity of Legislation under the British North America Act : A Reply to Professor Laskin » (1955), 33 *R. du B. can.* 915.
- Nisker, Jeff. Expert Report. *Quebec Challenge to Assisted Human Reproduction Act — Response to the Report by François Bissonnette MD FRCSC*. August 2006.
- Sheldon, S., and S. Wilkinson. « Should selecting saviour siblings be banned? » (2004), 30 *J. Med. Ethics* 533.
- Somerville, Margaret. « Reprogenetics : Unprecedented Challenges to Respect for Human Life » (2005), 38 *Law/Tech. J.* 1.
- Tremblay, André. *Les Compétences législatives au Canada et les Pouvoirs provinciaux en Matière de Propriété et de Droits civils*. Ottawa : Université d’Ottawa, 1967.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Gendreau, Chamberland and Rayle JJ.A.), 2008 QCCA 1167, 298 D.L.R. (4th) 712, [2008] R.J.Q. 1551, [2008] Q.J. No. 5489 (QL), 2008 CarswellQue 9848, in the matter of a reference concerning the question whether some sections of the *Assisted Human Reproduction Act* are *ultra vires* the Parliament of Canada. Appeal allowed in part.

*René LeBlanc, Peter W. Hogg and Glenn Rivard*, for the appellant.

*Jocelyne Provost and Maude Randoïn*, for the respondent.

*Gaétan Migneault*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

*Graeme G. Mitchell, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*Lillian Riczu and Randy Steele*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Written submissions only for the intervener Michael Awad.

Written submissions only by *William J. Sammon, Don Hutchinson* and *Faye Sonier*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Gendreau, Chamberland et Rayle), 2008 QCCA 1167, [2008] R.J.Q. 1551, 298 D.L.R. (4th) 712, [2008] J.Q. n° 5489 (QL), 2008 CarswellQue 5365, dans l’affaire du renvoi sur la question de savoir si certains articles de la *Loi sur la procréation assistée* excèdent la compétence du Parlement du Canada. Pourvoi accueilli en partie.

*René LeBlanc, Peter W. Hogg et Glenn Rivard*, pour l’appelant.

*Jocelyne Provost et Maude Randoïn*, pour l’intimé.

*Gaétan Migneault*, pour l’intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*Graeme G. Mitchell, c.r.*, pour l’intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Lillian Riczu et Randy Steele*, pour l’intervenant le procureur général de l’Alberta.

Argumentation écrite seulement pour l’intervenant Michael Awad.

Argumentation écrite seulement par *William J. Sammon, Don Hutchinson* et *Faye Sonier* pour

for the interveners the Canadian Conference of Catholic Bishops and the Evangelical Fellowship of Canada.

The reasons of McLachlin C.J. and Binnie, Fish and Charron JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

### I. Introduction

[1] Every generation faces unique moral issues. And historically, every generation has turned to the criminal law to address them. Among the most important moral issues faced by this generation are questions arising from technologically assisted reproduction — the artificial creation of human life. Parliament has passed a law dealing with these issues under its criminal law power. The question on appeal is whether this law represents a proper exercise of Parliament’s criminal law power. I conclude that it does.

[2] Since time immemorial, human beings have been conceived naturally. Human beings have sought to enhance this process, to be sure; fertility rites, prayers and various medical and quasi-medical prescriptives to enhance fertility are part of human history. Human beings have also sought to constrain the process, through rules governing sexual conduct and marriage. These rules are deeply embedded in morality, which speaks to our conception of how human beings should behave for their own good and the greater good of society. Through morality, often abetted by the criminal law, society has traditionally found collective answers to reproductive issues. Yet, until recently, the fundamental processes by which new human beings were conceived remained largely beyond technological manipulation.

[3] This changed in the latter part of the 20th century, with the development of technology that

les intervenantes la Conférence des évêques catholiques du Canada et l’Alliance évangélique du Canada.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Fish et Charron rendus par

LA JUGE EN CHEF —

### I. Introduction

[1] Chaque génération est aux prises avec des problèmes moraux particuliers et elle s’en remet traditionnellement au droit criminel pour trouver des solutions. Parmi les principaux problèmes éthiques auxquels se confronte la génération actuelle, il y a ceux liés à la procréation médicalement assistée — la création artificielle de la vie humaine. Dans l’exercice de sa compétence en droit criminel, le Parlement a adopté une loi pour y parer. Dans le présent pourvoi, notre Cour doit déterminer s’il s’agit d’un exercice légitime du pouvoir fédéral de légiférer en matière de droit criminel. Je conclus que c’est le cas.

[2] Depuis des temps immémoriaux, les êtres humains sont conçus de façon naturelle. L’être humain a toujours cherché à optimiser la procréation; rites de fertilité, prières et diverses thérapeutiques médicales ou quasi médicales visant à accroître la fécondité s’inscrivent dans l’aventure humaine. Il a également tenté de contenir la procréation au moyen de règles régissant le comportement sexuel et le mariage. Ces règles sont profondément ancrées dans notre morale, c’est-à-dire dans notre conception du comportement qui devrait être celui de l’être humain pour son propre bien et celui de la société en général. C’est dans le sens moral, souvent soutenu par le droit criminel, que la société a traditionnellement trouvé des réponses collectives aux problèmes liés à la procréation. Or, jusqu’à tout récemment, les processus fondamentaux de la conception échappaient en grande partie à la technologie et aux manipulations qu’elle permet.

[3] La situation a changé à la fin du XX<sup>e</sup> siècle grâce à la mise au point de techniques permettant

allowed ova and sperm to be captured and united to form a zygote outside the human body. Refining the process even further, scientists found ways to disassemble and recombine genetic material within the ovum. Implantation techniques allowed couples and surrogate mothers to carry pregnancies created in a petri dish to term. At the far end of the spectrum lay the possibility of combining animal and human forms or reproducing an individual through cloning.

[4] These new techniques raise important moral, religious and juridical questions. The new questions do not fit neatly within the traditional legal frameworks that have developed in a world of natural conception. These challenges have opened a dialogue between ethicists, religious leaders and the public. Different people have taken different moral views on the issues. Fears have been expressed as to the possibility that some may abuse the new techniques in ways that might damage individuals — both existing and yet to be conceived — and ultimately society. Traditional criminal law imposed no obvious restraints and offered no clear answers to these questions.

[5] It was against this background that Parliament decided to act. It did not act precipitously. Rather, it established the Royal Commission on New Reproductive Technologies (the “Baird Commission”) to study the matter and make recommendations. The Baird Commission expressed concern about certain practices in the field of new reproductive technologies and pressed the government to pass legislation to limit their use: see *Proceed with Care: Final Report of the Royal Commission on New Reproductive Technologies* (1993) (the “Baird Report”).

[6] Between 1993 and 1995, the federal government consulted with the provinces, the territories and independent groups, including researchers, men and women dealing with infertility problems, persons with disabilities, religious denominations

de prélever ovules et spermatozoïdes et de les unir pour créer un zygote à l’extérieur du corps humain. En affinant davantage le procédé, les scientifiques ont découvert des moyens de séparer les gènes et de les recombinaer dans l’ovule. Des techniques d’implantation ont permis à des mères biologiques et à des mères porteuses de mener à terme des grossesses créées dans des boîtes de Pétri. Poussées à l’extrême, les techniques pourraient rendre possible la combinaison de matériel génétique animal et de matériel génétique humain ou la reproduction d’un individu par clonage.

[4] Ces nouvelles techniques soulèvent d’importantes questions morales, religieuses et juridiques qui s’inscrivent mal dans les cadres juridiques traditionnels établis en fonction d’une procréation naturelle. Éthiciens, chefs religieux et citoyens ont engagé un dialogue. Chacun a défendu un point de vue moral différent. Certains ont dit craindre que l’on abuse de ces nouvelles techniques de manière préjudiciable aux personnes — vivantes ou non encore conçues — et, au bout du compte, à la société. Le droit criminel traditionnel n’imposait aucune limite discernable et n’apportait aucune solution claire.

[5] C’est dans ce contexte que le Parlement a décidé d’agir, mais non de manière précipitée. Il a donc mis sur pied la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction (la « Commission Baird ») en lui confiant le mandat d’étudier le sujet et de formuler des recommandations. La Commission Baird a exprimé des inquiétudes au sujet de certaines pratiques dans le domaine des nouvelles techniques de procréation et elle a pressé le gouvernement d’adopter une loi pour limiter le recours à ces pratiques : voir *Un virage à prendre en douceur : rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction* (1993) (le « Rapport Baird »).

[6] Entre 1993 et 1995, le gouvernement fédéral a consulté les provinces, les territoires et des groupes indépendants, y compris des chercheurs, des hommes et des femmes aux prises avec l’infertilité, des personnes handicapées, des religieux de

and physicians. It also asked a group of experts in philosophy, sociology, anthropology, medicine and law for their advice on the issue of human embryo research. The result of these consultations was the ultimate passage of the *Assisted Human Reproduction Act*, S.C. 2004, c. 2 (also referred to as the “Act”), enacted in March 2004, as an exercise of the federal criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*.

[7] The Act contains a prohibition regime, supported by provisions designed to administer and enforce its prohibitions. The Attorney General of Quebec accepted that some of the prohibitions were valid criminal law, but challenged the constitutionality of the balance of the Act in a reference to the Quebec Court of Appeal. According to the Attorney General of Quebec, ss. 8 to 19, 40 to 53, 60, 61 and 68 were attempts to regulate the whole sector of medical practice and research related to assisted reproduction, including the doctors and hospitals involved. In June 2009, Quebec passed its own law on the subject, entitled the *Act respecting clinical and research activities relating to assisted procreation*, R.S.Q., c. A-5.01.

[8] On June 19, 2008, the Quebec Court of Appeal accepted the argument of the Attorney General of Quebec that the impugned sections were not valid criminal law: 2008 QCCA 1167, 298 D.L.R. (4th) 712. The Court of Appeal held that their real character — their pith and substance — was the regulation of medical practice and research in relation to assisted reproduction. Parliament’s purpose, it concluded, was not only to prohibit wrongful acts, but also to assure that desirable aspects of assisted reproduction were encouraged and correctly regulated. The provisions were thus declared unconstitutional.

[9] The Attorney General of Canada now appeals to this Court.

[10] My colleagues LeBel and Deschamps JJ. conclude that the impugned sections of the Act, in

différentes confessions et des médecins. Il a aussi demandé à un groupe de personnes versées en philosophie, en sociologie, en anthropologie, en médecine et en droit de le conseiller sur les recherches menées à partir d’embryons humains. Ces consultations ont finalement amené le Parlement à adopter la *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, ch. 2 (ou la « Loi »), en mars 2004, dans l’exercice du pouvoir de légiférer en matière de droit criminel que lui confère le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[7] Aux interdictions prévues par la Loi s’ajoutent des dispositions visant leur mise en œuvre et leur contrôle d’application. Même s’il reconnaissait que certaines des interdictions relevaient bien du droit criminel, le procureur général du Québec a contesté la constitutionnalité des autres dispositions de la Loi dans un renvoi adressé à la Cour d’appel du Québec. À son avis, les art. 8 à 19, 40 à 53, 60, 61 et 68 visaient à réglementer tout le domaine de la pratique médicale et de la recherche liées à la procréation assistée, y compris les médecins et les hôpitaux en cause. En juin 2009, le Québec a adopté sa propre loi en la matière, la *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, L.R.Q., ch. A-5.01.

[8] Le 19 juin 2008, la Cour d’appel du Québec a fait droit à la prétention du procureur général du Québec en concluant que les articles contestés ne constituaient pas des règles de droit criminel valides : 2008 QCCA 1167, [2008] R.J.Q. 1551. Elle a statué que leur caractère véritable résidait dans la réglementation de la pratique médicale et de la recherche relatives à la procréation assistée. Selon elle, l’objectif du Parlement n’était pas seulement d’interdire des actes répréhensibles, mais aussi de faire en sorte que les aspects souhaitables de la procréation assistée soient encouragés et bien encadrés. Les dispositions ont donc été déclarées inconstitutionnelles.

[9] Le procureur général du Canada se pourvoit aujourd’hui devant notre Cour.

[10] Mes collègues les juges LeBel et Deschamps arrivent à la conclusion que les dispositions

pith and substance, constitute an attempt to regulate hospitals and medical research, and thus are *ultra vires* the federal Parliament. I respectfully disagree. The prohibitions in ss. 5 to 7 are conceded to be valid criminal legislation. In my view, the remaining prohibitions in ss. 8 to 13 are also valid criminal law. Although some of these prohibitions impact on the regulation of medical research and practice, all matters within provincial jurisdiction, the impact is incidental to the legislation's dominant criminal law purpose and limited to those ends. Finally, while not criminal law in pith and substance, the administrative, organizational, and enforcement provisions in ss. 14 to 68 are integrated into this prohibition regime, and hence they are valid under the ancillary powers doctrine. I would therefore allow the appeal.

## II. The Legislation

[11] The prohibitions are of two types. Sections 5 to 9 are cast in absolute terms. In those sections, the Act prohibits:

- (a) human cloning (s. 5(1)(a)) and the use, manipulation and transplantation of reproductive material of a non-human life form, chimera or hybrid, in order to create a human being (s. 5(1)(g) to (j));
- (b) the creation of an *in vitro* embryo for any purpose other than creating a human being or improving or providing instruction in assisted reproduction procedures (s. 5(1)(b));
- (c) the creation of an embryo from a cell taken from an embryo or foetus (s. 5(1)(c)) or the maintenance of such an embryo outside of the body after the fourteenth day of its development (s. 5(1)(d));
- (d) the determination of an embryo's sex for non-medical reasons (s. 5(1)(e));
- (e) the alteration of the genome of an *in vitro* embryo or cell of a human being such that the

contestées de la Loi, par leur caractère véritable, visent à réglementer les hôpitaux et la recherche médicale et sont donc *ultra vires* du Parlement fédéral. En toute déférence, je ne suis pas d'accord. On reconnaît que les interdictions prévues aux art. 5 à 7 relèvent du droit criminel. À mon sens, les autres interdictions faites aux art. 8 à 13 ressortissent aussi au droit pénal. Certaines d'entre elles ont une incidence sur la réglementation de la recherche et de la pratique médicales, des sujets de compétence provinciale, mais cette incidence est accessoire à l'objet principal de droit criminel de la Loi et délimitée par cet objet. Enfin, même si elles ne constituent pas des règles de droit criminel par leur caractère véritable, les dispositions de mise en œuvre, d'organisation et de contrôle d'application (art. 14 à 68) sont intégrées au régime d'interdiction et sont de ce fait valides suivant la doctrine des pouvoirs accessoires. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi.

## II. Les dispositions législatives

[11] Les interdictions appartiennent à deux catégories. Celles que prévoient les art. 5 à 9 de la Loi sont de nature absolue et frappent :

- a) le clonage humain (al. 5(1)a)) et l'utilisation, la manipulation et la transplantation de matériel reproductif d'une autre forme de vie, d'une chimère ou d'un hybride en vue de créer un être humain (al. 5(1)g) à j));
- b) la création d'un embryon *in vitro* à une autre fin que la création d'un être humain ou que l'apprentissage ou l'amélioration des techniques de procréation assistée (al. 5(1)b));
- c) la création d'un embryon à partir d'une cellule prélevée sur un embryon ou un fœtus (al. 5(1)c)) ou la conservation d'un tel embryon en dehors du corps humain après le quatorzième jour de développement (al. 5(1)d));
- d) l'identification du sexe d'un embryon à des fins non médicales (al. 5(1)e));
- e) la modification du génome d'un embryon *in vitro* ou d'une cellule d'un être humain de

alteration is capable of being transmitted to descendants (s. 5(1)(f));

- (f) the commercialization of the reproductive functions of women and men, particularly the payment of consideration to surrogate mothers (s. 6) and the purchase and sale of *in vitro* embryos or the purchase of human reproductive material (s. 7);
- (g) any use of *in vitro* embryos unless the donor has given written consent, as well as the use and posthumous removal of human reproductive material unless the donor has given written consent, when the purpose of the use or removal is the creation of an embryo (s. 8); and
- (h) the removal or use of sperm or ova from a donor under 18 years of age, except for the purpose of preserving the sperm or ova or for the purpose of creating a human being where it is reasonable to believe that the human being will be raised by the donor (s. 9).

[12] Other prohibitions, referred to in the Act as “controlled activities”, are found in ss. 10 to 13. These sections prohibit various activities, unless they are carried out in accordance with regulations made under the Act, under licence, and in licensed premises. The activities in question involve:

- (a) altering, manipulating, treating, obtaining, storing, transferring, destroying, importing and exporting human reproductive material or *in vitro* embryos for certain purposes (s. 10);
- (b) combining any part of the human genome with any part of the genome of another species (s. 11);
- (c) reimbursing a donor for an expenditure incurred in the course of donating sperm or ova and a surrogate mother for an expenditure incurred by her in relation to her surrogacy (s. 12);
- (d) undertaking a controlled activity in an unlicensed facility (s. 13).

manière à rendre la modification transmissible aux descendants (al. 5(1)f));

- f) la commercialisation des fonctions de reproduction des femmes et des hommes, en particulier la rétribution d’une mère porteuse (art. 6) et l’achat et la vente d’embryons *in vitro* ou l’achat de matériel reproductif humain (art. 7);
- g) l’utilisation d’un embryon *in vitro* sans le consentement écrit du donneur, ainsi que l’utilisation et le prélèvement posthume de matériel reproductif humain sans le consentement écrit du donneur, dans le but de créer un embryon (art. 8);
- h) le prélèvement ou l’utilisation d’un spermatozoïde ou d’un ovule d’une personne de moins de 18 ans, sauf pour le conserver ou pour créer un être humain dont il y a lieu de croire qu’il sera élevé par cette personne (art. 9).

[12] D’autres interdictions se trouvent aux art. 10 à 13 (les « activités réglementées »). Elles empêchent diverses activités, sauf conformité aux règlements pris en vertu de la Loi, obtention d’une autorisation et déroulement dans un établissement autorisé. Voici quelles sont ces activités :

- a) modifier, manipuler, traiter, obtenir, conserver, céder, éliminer, importer ou exporter du matériel reproductif humain ou un embryon *in vitro* dans certains buts (art. 10);
- b) combiner une partie du génome humain avec une partie du génome d’une autre espèce (art. 11);
- c) rembourser les frais supportés par un donneur pour le don d’un ovule ou d’un spermatozoïde et ceux supportés par une mère porteuse pour agir à ce titre (art. 12);
- d) se livrer à une activité réglementée dans un établissement non autorisé (art. 13).

[13] The prohibition regime is followed by provisions that do not in themselves purport to create criminal offences, but are directed to administering and enforcing the primary criminal law prohibitions. These include a mechanism for gathering and storing information related to assisted reproduction procedures, the establishment of an administrative agency (the Assisted Human Reproduction Agency of Canada (“Agency”)), the power of the Governor in Council to make regulations respecting the Act (s. 65), and the power of the Governor in Council to exempt the operation of certain provisions if there are equivalent provincial laws in force that cover the field (s. 68).

[14] Only the validity of certain sections of the Act is at issue in this appeal. With the exception of the regulations under s. 8, no regulations have yet been promulgated.

### III. The Issues

[15] The Attorney General of Quebec concedes that the absolute prohibitions found in ss. 5 to 7 are valid criminal law. This leaves the following issues:

- (1) The validity of the legislative scheme as a whole
- (2) The validity of the “controlled activities” prohibitions
- (3) The validity of the administrative provisions under the ancillary powers doctrine

### IV. Analysis

#### A. *The Validity of the Legislative Scheme as a Whole*

[16] Since the Attorney General of Quebec is challenging individual provisions of the federal scheme, this Court must examine the whole scheme and the impugned provisions separately (*General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, at p. 666). Ordinarily, this

[13] Le régime d’interdiction est suivi de dispositions qui ne créent pas elles-mêmes d’infractions criminelles, mais qui portent sur la mise en œuvre et le contrôle d’application des interdictions fondamentales relevant du droit criminel. Entre autres choses, ces dispositions prévoient un système de collecte et de conservation de renseignements sur le recours aux techniques de procréation assistée, elles constituent un organisme administratif — l’Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée (« Agence ») —, et elles confèrent au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre des règlements (art. 65) et d’écarter l’application de certaines dispositions de la Loi lorsqu’une loi provinciale équivalente s’applique déjà (art. 68).

[14] Seule la validité de certaines dispositions de la Loi fait l’objet du litige en l’espèce. À l’exception de celui pris en vertu de l’art. 8, aucun règlement n’a encore été adopté.

### III. Les questions en litige

[15] Le procureur général du Québec reconnaît que les interdictions absolues énoncées aux art. 5 à 7 constituent des règles de droit criminel valides. Reste donc à se prononcer sur les questions suivantes :

- (1) la validité du régime législatif dans son ensemble,
- (2) la validité des interdictions relatives à des « activités réglementées » et
- (3) la validité des dispositions de mise en œuvre au regard de la doctrine des pouvoirs accessoires.

### IV. L’analyse

#### A. *La validité du régime législatif dans son ensemble*

[16] Puisque le procureur général du Québec attaque certaines dispositions du régime fédéral, notre Cour doit considérer séparément le régime dans son ensemble et chacune des dispositions contestées (*General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, p. 666).

Court would begin by examining the impugned provisions in order to determine if and to what extent they intrude on the provincial sphere of competence: see *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, 2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302, at para. 21; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146, at para. 58. The advantage of this order of analysis is that if the impugned provisions are not found to intrude at all, “then the investigation need go no further” (*General Motors*, at p. 667). While courts may nonetheless examine the whole scheme in such cases, we have tended to end the analysis if the individual provisions are not found to be problematic: see *Ward v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569.

[17] However, in the case at bar it is necessary to examine the whole scheme first before we can make sense of the challenged provisions. This Court has often underlined that the impugned provisions must be considered in their proper context (see, e.g., *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*, ss. 22 and 23, 2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669, at paras. 17-35). In this case, the Attorney General of Quebec is challenging the bulk of the *Assisted Human Reproduction Act*. While it concedes that ss. 5 to 7 of the Act are valid, it challenges almost all the remaining operative provisions. Under these circumstances, it is impossible to meaningfully consider the provisions at issue without first considering the nature of the whole scheme.

[18] Therefore, the first question is whether the matter of the statutory scheme, viewed as a whole, is a valid exercise of federal power. The second question is whether its individual provisions are also valid. If the scheme as a whole is valid, but some of its provisions invalid, the invalid provisions are severed, leaving the remaining provisions intact. As Dickson J. (as he then was) explained in *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206, at p. 270, “[i]t is obvious at the outset that a constitutionally

Habituellement, elle examine d’abord les dispositions visées afin de déterminer si — et le cas échéant, dans quelle mesure — elles empiètent sur le domaine de compétence provinciale : voir *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302, par. 21; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146, par. 58. Une telle démarche présente un avantage, car lorsqu’il appert que les dispositions contestées n’empiètent pas sur la compétence en cause, « il n’est alors plus nécessaire de poursuivre l’analyse » (*General Motors*, p. 667). Le tribunal peut néanmoins décider d’aller de l’avant et d’examiner le régime dans son ensemble, mais notre Cour est plutôt encline à mettre fin à l’entreprise lorsqu’elle estime que les dispositions individuelles ne posent pas problème : voir *Ward c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569.

[17] Or, en l’espèce, il faut d’abord se pencher sur le régime global pour circonscrire la portée des dispositions contestées. Notre Cour insiste souvent sur la nécessité de considérer ces dispositions dans leur contexte (voir, p. ex., *Renvoi relatif à la Loi sur l’assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, 2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669, par. 17-35). Dans la présente affaire, le procureur général du Québec conteste la majeure partie de la *Loi sur la procréation assistée*. Il reconnaît la validité des art. 5 à 7, mais il conteste celle de presque toutes les autres dispositions essentielles. Il est dès lors impossible d’analyser convenablement les dispositions en cause sans d’abord considérer la nature du régime dans son ensemble.

[18] La première question à trancher est donc celle de savoir si le régime législatif résulte d’un exercice légitime du pouvoir fédéral. En deuxième lieu se pose la question de la validité des dispositions individuelles. Lorsque le régime est globalement valide, mais que certaines de ses dispositions ne le sont pas, celles-ci en sont retranchées et les autres demeurent applicables. Comme l’explique le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l’arrêt *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206,

invalid provision will not be saved by being put into an otherwise valid statute”. Severance may not be possible if bad provisions are so inextricably bound up with good provisions that the legislature would not have enacted one without the other: *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (P.C.), at p. 518.

(1) Characterizing the Legislative Scheme

[19] There are two steps to determining whether a law is valid: characterization and classification. First the dominant “matter” or “pith and substance” of the law must be determined: *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 25. Once the “matter” is thus characterized, the second step is to determine if it falls under a head of power assigned to the enacting body: *Kitkatla Band*, at para. 52. In this case, the enacting body is federal, and the Attorney General of Canada has decided to limit his arguments on the validity of the Act to a single head of jurisdiction: the criminal law power in s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. If the scheme, properly characterized, falls within that power, it is valid, subject to a closer look at particular provisions. If not, it is invalid. See *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, at p. 450; *Kitkatla Band*.

[20] The parties disagree on the proper characterization of the *Assisted Human Reproduction Act*. The Attorney General of Canada says that the dominant purpose and effect of the legislative scheme is to prohibit practices that would undercut moral values, produce public health evils, and threaten the security of donors, donees, and persons conceived by assisted reproduction. The Attorney General of Quebec, focussing mainly on the effects of the Act, says that its dominant characteristic is the regulation of reproductive medicine and research. These different characterizations of the scheme lead to different results at the second

à la p. 270, « [i]l est évident au départ qu’une disposition inconstitutionnelle ne sera pas sauvée par son insertion dans une loi par ailleurs valide ». Le retranchement peut être impossible lorsque les dispositions invalides sont si inextricablement liées aux dispositions valides que le législateur n’aurait pu adopter les unes sans les autres : *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (C.P.), p. 518.

(1) Déterminer le caractère du régime législatif

[19] Deux étapes doivent être franchies pour déterminer si une loi est valide : la détermination du caractère et la classification. Premièrement, l’« objet » principal de la loi ou son « caractère véritable » doit être circonscrit : *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 25. Une fois le caractère de l’« objet » ainsi déterminé, la deuxième étape consiste à examiner s’il relève de l’un des chefs de compétence de l’autorité législative : *Bande Kitkatla*, par. 52. Dans la présente affaire, l’autorité législative est fédérale, et le procureur général du Canada a choisi de faire reposer sa thèse de la validité de la Loi sur un seul chef de compétence, celui du pouvoir de légiférer en matière de droit criminel prévu au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Si le régime, dont le caractère est correctement déterminé, ressortit à ce pouvoir, il est valide, sous réserve de l’examen attentif de ses dispositions particulières. Sinon, il est invalide. Voir *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, p. 450; *Bande Kitkatla*.

[20] Les parties déterminent différemment le caractère de la *Loi sur la procréation assistée*. Pour le procureur général du Canada, l’objet et effet principal du régime législatif est l’interdiction de pratiques qui sont de nature à saper des valeurs morales, à créer des maux pour la santé publique et à compromettre la sécurité des donneurs, des receveurs et des personnes conçues grâce à la procréation assistée. S’attachant surtout aux effets de la Loi, le procureur général du Québec prétend que sa caractéristique principale est la réglementation de la médecine et de la recherche dans le domaine de la procréation. Ces déterminations différentes

step. The Attorney General of Canada says the law is valid federal legislation under the criminal law power, while the Attorney General of Quebec says it is an illegal scheme to regulate health concerns that fall under provincial powers.

[21] The issue is as follows: Is the *Assisted Human Reproduction Act* properly characterized as legislation to curtail practices that may contravene morality, create public health evils or put the security of individuals at risk, as the Attorney General of Canada contends? Or should it be characterized as legislation to promote positive medical practices associated with assisted reproduction, as the Attorney General of Quebec contends? In pith and substance, what is this legislation about? Controlling and curtailing the negative impacts associated with artificial human reproduction? Or establishing salutary rules to govern the practice of medicine and research in this emerging field?

[22] To determine which characterization is correct, one must consider the purpose and effect of the legislative scheme. One must ask, “[w]hat in fact does the law do and why?”: D. W. Mundell, “Tests for Validity of Legislation under the British North America Act: A Reply to Professor Laskin” (1955), 33 *Can. Bar Rev.* 915, at p. 928.

[23] I turn first to purpose. The Attorney General of Canada, as stated, says that the purpose of the Act is to prohibit improper practices associated with assisted reproduction — practices that may undermine fundamental moral precepts, lead to public health evils and threaten the security of individuals. By contrast, the Attorney General of Quebec argues that the purpose of the Act is to legislate on health, a matter generally within provincial jurisdiction. The question at this point is therefore whether the dominant purpose of the Act is to prohibit reprehensible conduct, as the Attorney General of Canada alleges, or to regulate health, as the Attorney General of Quebec alleges.

du caractère du régime mènent à des résultats distincts à la seconde étape. Le procureur général du Canada soutient que la Loi est valide du fait de la compétence fédérale en droit criminel, alors que le procureur général du Québec fait valoir qu’il s’agit d’un régime illégal dont l’objet est la réglementation de questions sanitaires qui relèvent des pouvoirs provinciaux.

[21] La question en litige est la suivante. Peut-on à juste titre prétendre, comme le procureur général du Canada, que la *Loi sur la procréation assistée* réprime des pratiques susceptibles de contrevenir à la morale, de créer des maux pour la santé publique ou de compromettre la sécurité de personnes? S’agit-il plutôt, comme le soutient le procureur général du Québec, d’une loi visant à promouvoir des pratiques médicales bénéfiques associées à la procréation assistée? Quel est donc le caractère véritable de cette loi? Réglementer et limiter les effets négatifs de la procréation humaine artificielle ou bien établir des règles judicieuses pour régir l’exercice de la médecine et la recherche dans ce domaine nouveau?

[22] Trancher sur le véritable caractère du régime législatif exige que l’on considère l’objet et l’effet de ce dernier. Il faut se demander ce [TRADUCTION] « [q]u’accomplit en fait la loi et dans quel dessein? » (D. W. Mundell, « Tests for Validity of Legislation under the British North America Act : A Reply to Professor Laskin » (1955), 33 *R. du B. can.* 915, p. 928).

[23] Je me penche d’abord sur l’objet. Rappelons que le procureur général du Canada soutient que celui de la Loi est d’interdire les pratiques inopportunes liées à la procréation assistée — des pratiques susceptibles de saper les préceptes moraux fondamentaux, de créer des maux pour la santé publique et de compromettre la sécurité des personnes. Le procureur général du Québec prétend au contraire que la Loi a pour objet de légiférer sur la santé, un domaine qui relève généralement des provinces. Dès lors, la question est celle de savoir si l’objet principal de la Loi est d’interdire une activité répréhensible, comme le soutient le procureur général du Canada, ou de réglementer la santé, suivant la thèse du procureur général du Québec.

[24] The text of the Act suggests that its dominant purpose is to prohibit inappropriate practices, rather than to promote beneficial ones. It is true that the Act establishes a scheme to control assisted reproduction on a national level, and this initiative necessarily touches on provincial jurisdiction over medical research and practice. However, the dominant thrust of the Act is prohibitory, and the aspects that concern the provision of health services do not rise to the level of pith and substance. As s. 2 of the Act explains, the purpose of the Act is to *safe-guard against* practices that may offend fundamental values and rights and harm human health, safety and dignity. The emphasis is on *preventing* practices that offend these values and produce this harm.

[25] The Act accomplishes its purpose of prohibiting reprehensible conduct by imposing sanctions. The Act is essentially a series of prohibitions, followed by a set of subsidiary provisions for their administration.

[26] The Attorney General of Quebec concedes that the prohibitions in ss. 5 to 7 of the Act are valid criminal law. In my view, the prohibitions in ss. 8 to 13 advance the same criminal law purpose. Sections 8 to 13, viewed in context, are not aimed at promoting the beneficial aspects of assisted reproduction. While they distinguish the beneficial from the reprehensible, it is only for the purpose of carving out the latter. In this sense, the prohibitions in ss. 5 to 13 all advance a common purpose, but do so in a manner tailored to the conduct that they address. Conduct that is always reprehensible is prohibited absolutely (ss. 5 to 9). Conduct that is reprehensible in particular situations is prohibited selectively; thus, ss. 10 to 13 prohibit only the harmful aspects of the conduct at issue. In other words, they prohibit conduct, subject to exceptions for practices that Parliament does not consider to be harmful. These prohibitions do not prevent the provinces from enacting legislation promoting beneficial practices in the field of assisted reproduction. Subject to the Act's prohibitions, the provinces are free to regulate these practices. The scheme of the Act is to carve out from the broader field of

[24] Le texte de la Loi donne à penser que son principal objet est d'interdire les pratiques inopportunes, et non de promouvoir les bénéfiques. Certes, la Loi établit un régime qui régleme la procréation assistée à l'échelon national, ce qui touche nécessairement la compétence provinciale sur la recherche et la pratique médicales. Or, la Loi est essentiellement axée sur l'interdiction, et les volets relatifs à la prestation de services de santé ne définissent pas son caractère véritable. Le législateur explique à l'art. 2 que la Loi vise la *protection contre* les pratiques susceptibles de porter atteinte aux valeurs et aux droits fondamentaux et d'être préjudiciables à la santé, à la sécurité et à la dignité humaines. L'accent est mis sur la *prévention* des pratiques qui sont contraires à ces valeurs et qui créent ce préjudice.

[25] La Loi réalise son objectif d'interdire l'activité répréhensible par l'imposition de sanctions. Essentiellement constituée d'une série d'interdictions, elle est suivie d'un ensemble de dispositions accessoires vouées à la mise en œuvre de celles-ci.

[26] Le procureur général du Québec reconnaît que les interdictions prévues aux art. 5 à 7 constituent des règles de droit criminel valides. J'estime que les interdictions énoncées aux art. 8 à 13 promeuvent le même objectif de droit criminel. Considérés dans ce contexte, les art. 8 à 13 ne visent pas à promouvoir les aspects bénéfiques de la procréation assistée. Ils distinguent les actes bénéfiques des actes répréhensibles, mais à la seule fin de circonscrire les seconds. En ce sens, les interdictions que prévoient les art. 5 à 13 concourent toutes à la réalisation d'un même objectif, mais de manière adaptée à chacun des actes visés. L'interdiction absolue frappe l'acte qui est toujours répréhensible (art. 5 à 9). L'interdiction sélective touche l'acte qui se révèle répréhensible dans certaines situations; les art. 10 à 13 interdisent donc seulement les facettes préjudiciables d'un tel acte. En d'autres termes, ils interdisent des actes sous réserve d'exceptions que prévoit le Parlement pour des pratiques qu'il ne juge pas préjudiciables. Ces interdictions n'empêchent pas les provinces d'adopter des lois favorisant les pratiques bénéfiques dans le domaine de la procréation assistée. Les provinces peuvent, sous

assisted reproduction conduct that Parliament considers criminal. These prohibitions give the Act its content and define its purpose.

[27] In support of the Attorney General of Quebec's position that the Act should be characterized as health legislation, LeBel and Deschamps JJ. argue that the Act has a two-fold purpose: (1) the prohibition of reprehensible practices; and (2) the promotion of beneficial practices. Criminal law, they argue, is concerned with prohibiting undesirable conduct, and cannot extend to promoting the beneficial aspects of assisted reproduction. In their view, Parliament's desire to promote beneficial practices proves that the Act is intended to create a national scheme for the regulation of assisted reproductive technologies.

[28] My colleagues rely on the Baird Report as proof of Parliament's intention to impose national medical standards under the guise of criminal law, e.g., at para. 206:

It is clear that the Baird Commission wanted certain activities to be denounced and prohibited because, in its view, there was a consensus that they were reprehensible. But the Commission also wanted assisted human reproduction and related research activities to be regulated for the purpose of establishing uniform standards that would apply across Canada. Thus, it can be seen that the distinction drawn in the [Act] between prohibited activities and controlled activities corresponds to the two distinct categories of activities for which the Baird Commission recommended two distinct approaches with different purposes. [Emphasis added.]

Prohibition, the argument continues, may be the proper domain of the criminal law, but the promotion of beneficial health practices is the domain of the provinces. The Act impermissibly gathers both purposes under the broad umbrella of the criminal law. On the argument advanced by my colleagues, it follows that large parts of the Act are invalid.

[29] The first response to this argument is to note that it treats the Baird Report as proof of the purpose behind the *Assisted Human Reproduction*

réserve des interdictions prévues par la Loi, réglementer ces pratiques à leur gré. Le régime de la Loi soustrait au domaine général de la procréation assistée le comportement que le Parlement juge criminel. Les interdictions confèrent à la Loi sa teneur et elles définissent son objet.

[27] À l'appui de la thèse du Québec selon laquelle la Loi doit être considérée comme une loi sur la santé, les juges LeBel et Deschamps font valoir que la Loi comporte deux volets : (1) l'interdiction d'actes répréhensibles et (2) la promotion d'actes bénéfiques. Selon eux, le droit criminel s'attache à interdire les actes néfastes et ne saurait englober la promotion des aspects bénéfiques de la procréation assistée. À leur avis, la volonté du Parlement de favoriser des pratiques bénéfiques montre bien que la Loi vise la création d'un régime national de réglementation des techniques de procréation assistée.

[28] Mes collègues voient dans le Rapport Baird la preuve de l'intention du Parlement d'établir des normes médicales nationales sous couvert de légiférer en droit criminel (p. ex., au par. 206) :

Il est clair que la Commission Baird visait, d'une part, à dénoncer et interdire certains actes parce que, selon elle, leur caractère répréhensible faisait consensus. D'autre part, elle souhaitait l'encadrement de l'aide à la procréation et de la recherche connexe afin d'établir des normes uniformes pour l'ensemble du Canada. On constate donc que la distinction établie dans la [Loi] entre actes interdits et activités réglementées correspond bien à ces deux catégories distinctes d'actes ou d'activités pour lesquels la Commission Baird recommandait autant d'approches différenciées visant des objectifs différents. [Je souligne.]

Ils ajoutent que l'interdiction relève certes du droit criminel, mais que la promotion de pratiques médicales bénéfiques ressortit aux provinces. La Loi réunit indûment les deux objets au sein de la vaste sphère du droit criminel. Suivant leur thèse, de grands pans de la Loi sont de ce fait invalides.

[29] Je remarque en premier lieu que mes collègues voient dans le rapport Baird la preuve de l'intention qui sous-tend la *Loi sur la procréation*

*Act.* But that is to ignore what the Baird Report was about. The Baird Commission was writing a policy analysis (not a constitutional law paper) on a subject thought to raise serious issues of morality. Its enquiry into moral issues surrounding assisted reproduction established the validity of these concerns and impelled Parliament to adopt the Act, as discussed more fully below. However, the fact that the Baird Commission may have referred to positive aspects of assisted reproduction technology — benefits all acknowledge — does not establish that these benefits were the focus of Parliament’s efforts.

[30] The second response to this argument is that it rests on an artificial dichotomy between reprehensible conduct and beneficial practices. The Act certainly employs both a penal and regulatory *form*, however Parliament may validly employ regulations as part of a criminal law provided they target a legitimate criminal law purpose. Prohibiting or regulating bad conduct may in fact produce benefits. This is a common consequence of many criminal laws. What matters for purposes of constitutionality is not whether a criminal law has beneficial consequences, but whether its *dominant purpose* is criminal. The *Assisted Human Reproduction Act* does not have two objects, the first to prohibit reprehensible conduct, the second to promote beneficial effects. It targets conduct that Parliament has found to be reprehensible. In so doing, it incidentally permits beneficial practices through regulations. But that does not render it unconstitutional.

[31] Turning to the effects of the Act, this legislation clearly has an impact on the regulation of medical research and practice, and hospital administration. Researchers, practitioners and hospitals will be subject to both the Act and the regulations it contemplates.

[32] However, the doctrine of pith and substance permits either level of government to enact laws that have “substantial impact on matters outside

*assistée.* Or, c’est faire abstraction de ce sur quoi porte ce rapport. La Commission Baird s’est livrée à une analyse de nature politique (et non à un exposé de droit constitutionnel) sur un sujet dont on estimait qu’il soulevait d’importantes questions d’ordre moral. Son examen des questions morales liées à la procréation assistée a confirmé le bien-fondé de ces préoccupations et incité le Parlement à adopter la Loi (ce dont il est question plus amplement ci-après). Cependant, même si la Commission Baird renvoie aux aspects positifs des techniques de procréation assistée — des avantages reconnus de tous —, les mesures prises par le Parlement ne sont pas pour autant axées sur ces avantages.

[30] En second lieu, j’estime que la thèse de mes collègues prend appui sur une dichotomie artificielle entre activités répréhensibles et pratiques bénéfiques. Certes, la Loi revêt une *forme* à la fois pénale et réglementaire, mais le Parlement peut à bon droit recourir à la réglementation pour légiférer en droit pénal, à condition que les règlements adoptés aient un objectif légitime en droit criminel. Interdire ou réglementer un acte néfaste peut en fait donner lieu à un avantage, ce qui est le cas de nombreuses lois criminelles. Ce qui importe du point de vue constitutionnel ce n’est pas que la loi criminelle ait des effets bénéfiques, mais bien que son *objet principal* soit de nature pénale. La *Loi sur la procréation assistée* n’a pas deux objectifs, l’un étant d’interdire l’activité répréhensible, l’autre de promouvoir des effets bénéfiques. Elle vise des actes que le Parlement tient pour répréhensibles et, ce faisant, elle autorise incidemment des pratiques bénéfiques par voie réglementaire, mais cela ne la rend pas inconstitutionnelle.

[31] En ce qui concerne l’incidence du texte législatif, la Loi a manifestement des répercussions sur la réglementation de la recherche et de la pratique médicales, ainsi que sur l’administration hospitalière. Chercheurs, praticiens et hôpitaux seront assujettis à la Loi et aux règlements pris sous son régime.

[32] Toutefois, la théorie du caractère véritable permet à un ordre de gouvernement d’adopter des lois qui ont [TRADUCTION] « une grande incidence

its jurisdiction”: P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 15-9. The issue in such cases is to determine the *dominant* effect of the law. Viewed as a whole, the dominant effect of the Act is to prohibit a number of practices which Parliament considers immoral and/or which it considers a risk to health and security, not to promote the positive aspects of assisted reproduction. The dominant effect of the prohibitory and administrative provisions is to create a regime that will prevent or punish practices that may offend moral values, give rise to serious public health problems, and threaten the security of donors, donees, and persons not yet born.

[33] In sum, while the Act will have beneficial effects — one hopes all criminal laws will have beneficial effects — and while some of its effects may impact on provincial matters, neither its dominant purpose nor its dominant effect is to set up a regime to regulate and promote the benefits of artificial reproduction in hospitals and laboratories.

[34] I conclude that the pith and substance of the Act is properly characterized as the prohibition of negative practices associated with assisted reproduction.

(2) Does the Matter of the Act Come Within Section 91(27)?

[35] Having characterized the matter to which the Act relates, the next question is whether it comes within the scope of the federal criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. In order to answer this question, we must consider whether the matter satisfies the three requirements of valid criminal law: (1) a prohibition; (2) backed by a penalty; (3) with a criminal law purpose: *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783 (“*Firearms Reference*”), at para. 27.

[36] As already discussed, the Act, properly characterized, imposes prohibitions backed by

sur des matières qui échappent à sa compétence » (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl.), p. 15-9). La question est alors celle de savoir quel est l’effet *principal* de la Loi. Considérée globalement, celle-ci a principalement pour effet d’interdire un certain nombre de pratiques que le Parlement tient pour immorales ou susceptibles de compromettre la santé et la sécurité, et non de promouvoir les aspects bénéfiques de la procréation assistée. L’effet principal des dispositions d’interdiction et de mise en œuvre est la création d’un régime empêchant ou sanctionnant des pratiques susceptibles de contrevenir aux valeurs morales, de donner lieu à d’importants problèmes de santé publique et de menacer la sécurité des donneurs, des receveurs et des personnes non encore nées.

[33] La Loi aura des effets bénéfiques — on espère que toute loi pénale en aura —, et même si certains d’entre eux peuvent se répercuter sur des sujets de compétence provinciale, ni son objet principal, ni son effet principal ne sont d’établir un régime de réglementation et de promotion des avantages de la procréation artificielle dans les hôpitaux et les laboratoires.

[34] J’arrive à la conclusion que le caractère véritable de la Loi tient bel et bien à l’interdiction des activités néfastes liées à la procréation assistée.

(2) S’agit-il d’une matière relevant du par. 91(27)?

[35] Une fois déterminée la matière à laquelle correspond la Loi, il convient ensuite de se demander si elle relève du pouvoir fédéral de légiférer en droit criminel suivant le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Pour répondre à la question, il faut examiner si les trois éléments d’une règle de droit criminel valide sont réunis : (1) une interdiction, (2) une sanction qui l’appuie et (3) un objet de droit criminel : *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783 (« *Renvoi sur les armes à feu* »), par. 27.

[36] Rappelons que la Loi, dont le caractère a été dûment déterminé, établit des interdictions

penalties, thereby fulfilling the first two requirements of a valid criminal law. Admittedly, some of the provisions permit exceptions. However, the criminal law does not require absolute prohibitions: *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199. To be sure, a large portion of the scheme is regulatory. However, it is open to Parliament to create regulatory schemes under the criminal law power, provided they further the law's criminal law purpose. The complexity of modern problems often requires a nuanced scheme consisting of a mixture of absolute prohibitions, selective prohibitions based on regulations, and supporting administrative provisions. Such schemes permit flexibility, vital in a field of evolving technologies, and they have repeatedly been upheld as valid criminal law: *RJR-MacDonald*; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213. To take but one example, the list of toxic substances capable of harming the populace is ever-changing. It is unrealistic to expect Parliament to enact new laws every time a change occurs, and the criminal law power does not require it to do so. The same logic applies to the present case.

[37] My colleagues LeBel and Deschamps JJ. take issue with the provisions of the Act that prohibit activities unless conducted in accordance with federal regulations. As noted above, they argue that these provisions are designed to promote beneficial practices, while I view them as carve-outs from prohibition. They further argue that since the doctrine of paramountcy allows federal legislation to prevail over provincial legislation in the case of conflicts, finding the regulatory provisions *intra vires* would effectively oust provincial power over health.

[38] In my view, the requirement that a criminal law contain a prohibition prevents Parliament from undermining the provincial competence in health.

auxquelles correspondent des peines, ce qui satisfait à deux des exigences d'une règle de droit criminel valide. Elle prévoit certes des exceptions, mais le droit criminel n'est pas constitué uniquement d'interdictions absolues : *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199. Le régime comporte assurément un large volet réglementaire. Cependant, le Parlement peut exercer son pouvoir en matière de droit criminel pour créer des régimes de réglementation, à condition que ceux-ci contribuent à la réalisation de l'objectif pénal de la loi. La complexité des problèmes propres à notre époque commande souvent l'adoption de régimes faisant appel à la fois à des interdictions absolues, à des interdictions sélectives par voie de règlements et à des dispositions complémentaires de mise en œuvre. De tels régimes assurent une souplesse indispensable dans les domaines techniques en évolution et ils ont maintes fois été validés au regard de la compétence en droit criminel : *RJR-MacDonald*; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213. Je ne cite qu'un exemple, celui de la liste des matières toxiques susceptibles de nuire à la population, qui est constamment modifiée. On ne saurait attendre du Parlement qu'il adopte une nouvelle disposition législative à chaque modification, et son pouvoir en matière de droit criminel ne l'exige pas. La même logique vaut en l'espèce.

[37] Mes collègues les juges LeBel et Deschamps remettent en question les dispositions de la Loi qui interdisent des activités sauf lorsqu'elles sont exercées conformément à la réglementation fédérale. Rappelons qu'ils estiment que ces dispositions visent à promouvoir des activités bénéfiques, alors que j'y vois des exceptions à la portée de l'interdiction. En outre, puisque suivant la règle de la prépondérance les lois fédérales prévalent sur les lois provinciales en cas de conflit, conclure à la validité des dispositions qui renvoient à la réglementation aurait pour effet, selon eux, d'écartier la compétence provinciale dans le domaine de la santé.

[38] À mon sens, l'exigence voulant qu'une disposition de droit criminel renferme une interdiction fait l'obstacle à l'affaiblissement de la compétence

The federal criminal law power may only be used to prohibit conduct, and may not be employed to promote beneficial medical practices. Federal laws (such as the one in this case) may involve large carve-outs for practices that Parliament does not wish to prohibit. However, the use of a carve-out only means that a particular practice is *not* prohibited, not that the practice is positively *allowed* by the federal law. This has important implications for the doctrine of federal paramountcy. If a province enacted stricter regulations than the federal government, there would be no conflict in operation between the two sets of provisions since it would be possible to comply with both. Further, there would be no frustrations of the federal legislative purpose since federal criminal laws are only intended to prohibit practices. A stricter provincial scheme would complement the federal criminal law. See *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, 2005 SCC 13, [2005] 1 S.C.R. 188, at para. 22; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at pp. 964-65; and *Ross v. Registrar of Motor Vehicles*, [1975] 1 S.C.R. 5. There may be a conflict between a criminal law and a *less* strict provincial scheme. However, in such a case, Parliament's stricter scheme would be acting as a prohibition. In this way, the prohibition requirement for criminal laws acts as a major limitation on the effect of s. 91(27).

(3) Does the Act Serve a Valid Criminal Law Purpose?

[39] Having determined that the Act imposes prohibitions backed by penalties, it remains to be determined whether it does so in the service of a criminal law objective. The Attorney General of Canada asserts that the Act serves broad criminal law purposes centred around morality, health, and security. The Attorney General of Quebec suggests that the real purpose of the law is not criminal, but regulatory — namely, to establish a system to regulate assisted reproduction. In turn, it contends that such a scheme is provincial turf.

[40] Much judicial ink has been spilled in attempting to elucidate a precise definition of a

provinciale en matière de santé. Le pouvoir fédéral de légiférer en droit criminel ne peut être exercé que pour interdire des actes, et non pour promouvoir des pratiques médicales bénéfiques. Une loi fédérale (comme celle visée en l'espèce) peut prévoir de nombreuses exceptions pour les pratiques que le Parlement n'entend pas interdire. Or, ce faisant, elle n'*autorise* pas vraiment ces pratiques, elle *s'abstient* seulement de les interdire. Cela a d'importantes répercussions sur l'application de la règle de la prépondérance fédérale. Dans le cas où une province adopte une réglementation plus stricte que celle du Parlement, il n'y a pas de conflit d'application, puisqu'il est possible d'observer les deux. En outre, l'objectif législatif fédéral ne serait pas contrecarré, car une disposition pénale fédérale ne vise qu'à interdire certaines pratiques. Le régime provincial plus strict complèterait le droit criminel fédéral. Voir *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188, par. 22; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 964-965; *Ross c. Registrare des véhicules automobiles*, [1975] 1 R.C.S. 5. Il pourrait y avoir incompatibilité entre une règle de droit criminel et un régime provincial *moins* sévère. Cependant, en pareil cas, le régime plus strict issu du Parlement constituerait une interdiction. Ainsi, l'exigence voulant qu'une loi criminelle crée une interdiction limite considérablement la portée du par. 91(27).

(3) La Loi a-t-elle un véritable objet de droit criminel?

[39] Puisque la Loi prévoit des interdictions appuyées de peines, il reste à déterminer si elle le fait pour la réalisation d'un objectif de droit criminel. Le procureur général du Canada fait valoir que la Loi a des objets généraux de droit criminel axés sur la morale, la santé et la sécurité. Le procureur général du Québec laisse entendre que son véritable objet est de nature non pas criminelle, mais réglementaire, en ce qu'elle vise à établir un régime qui régleme la procréation assistée. Il soutient qu'un tel régime est du ressort des provinces.

[40] La définition précise d'un véritable objet de droit criminel a fait couler beaucoup d'encre. Les

valid criminal law purpose. The early cases swung from the extreme of a precisely defined “domain” of criminal law (*In re The Board of Commerce Act, 1919, and The Combines and Fair Prices Act, 1919*, [1922] 1 A.C. 191 (P.C.), at pp. 198-99), to the opposite extreme of any “act prohibited with penal consequences” (*Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310 (P.C.), at p. 324).

[41] The modern conception of a valid criminal law objective is grounded in the *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1 (the “*Margarine Reference*”), where Rand J. decided that a criminal prohibition must serve “a public purpose” like “[p]ublic peace, order, security, health, morality” (p. 50), stopping short of pure economic regulation. It has been held that highway regulation bearing no relation to public safety falls beyond the scope of the federal criminal law power: *Boggs v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 49. On the other hand, prohibitions aimed at combatting the “public health evil” of tobacco consumption have been found to fall within the ambit of the criminal law power (*RJR-MacDonald*, at paras. 32-33), as have prohibitions directed at protecting the public from environmental hazards (*Hydro-Québec*), dangerous and adulterated food and drug products (*R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284), illicit drugs (*R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571), and firearms (*Firearms Reference*).

[42] The Attorney General of Canada relies on these cases to argue that prohibiting the detrimental aspects of assisted reproduction constitutes a valid criminal law purpose under the objectives of morality, health, and security, including the protection of vulnerable groups. The Attorney General of Quebec criticizes this approach, arguing that it represents a virtually unlimited extension of the criminal law power, which would threaten the constitutional division of powers between the federal and provincial governments.

premières décisions judiciaires reposent, à une extrémité, sur un « domaine » de droit criminel défini avec précision (*In re The Board of Commerce Act, 1919, and The Combines and Fair Prices Act, 1919*, [1922] 1 A.C. 191 (C.P.), p. 198-199), et à l’autre, sur la notion d’[TRADUCTION] « acte interdit exposant son auteur à des conséquences criminelles » (*Proprietary Articles Trade Association c. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310 (C.P.), p. 324).

[41] La conception moderne d’un véritable objet de droit criminel s’origine du *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1 (le « *Renvoi sur la margarine* »). Le juge Rand y statue qu’une interdiction criminelle doit tendre à la réalisation d’[TRADUCTION] « un intérêt public » comme « [I]a paix publique, l’ordre, la sécurité, la santé, la moralité » (p. 50), à l’exclusion d’une réglementation à visée purement économique. La réglementation de la circulation routière qui n’a aucun lien avec la sécurité publique échappe au pouvoir fédéral de légiférer en matière de droit criminel : *Boggs c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 49. Par contre, on considère que l’interdiction qui s’attaque au « mal [. . .] pour la santé publique » que constitue l’usage du tabac relève de la compétence en droit criminel (*RJR-MacDonald*, par. 32-33), tout comme celle visant à protéger le public contre le risque environnemental (*Hydro-Québec*), les aliments et drogues dangereux et falsifiés (*R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284), les drogues illicites (*R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571) et les armes à feu (*Renvoi sur les armes à feu*).

[42] Le procureur général du Canada invoque ces arrêts pour faire valoir qu’interdire les aspects néfastes de la procréation assistée constitue un véritable objet de droit criminel au regard des objectifs que sont la moralité, la santé et la sécurité, y compris la protection des personnes vulnérables. Le procureur général du Québec rétorque que cela équivaut en somme à étendre sans fin le pouvoir de légiférer en matière de droit criminel, ce qui met en péril le partage constitutionnel des compétences entre les gouvernements fédéral et provinciaux.

[43] There is merit in both positions. On the one hand, the jurisprudence properly recognizes that confining the criminal law power to precise categories is impossible. The criminal law must be able to respond to new and emerging matters of public concern that go to the health and security of Canadians and the fundamental values that underpin Canadian society. A crabbed, categorical approach to valid criminal law purposes is thus inappropriate. On the other hand, a limitless definition, combined with the doctrine of paramountcy, has the potential to upset the constitutional balance of federal-provincial powers. Both extremes must be rejected. To constitute a valid criminal law purpose, a law's purpose must address a public concern relating to peace, order, security, morality, health, or some similar purpose. At the same time, extensions that have the potential to undermine the constitutional division of powers should be rejected.

[44] Whether a federal law falls within Parliament's criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, is a question of *which level* of government has jurisdiction to enact this law. This question relates to the powers of one level of government *vis-à-vis* the other, and it is resolved by determining the law's pith and substance. The degree to which the Act may impact on individual liberties is not relevant to this inquiry. The Attorney General of Quebec has not challenged the *Assisted Human Reproduction Act* on the basis that it constitutes an unjustified infringement of individual liberty. That would raise the question of whether *any level* of government could enact this law, an issue which turns on the state's authority *vis-à-vis* the individual: see *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, and *Malmo-Levine*. Rather, the Attorney General of Quebec challenges the Act on the basis that it wrests turf from the provinces.

[45] It follows that this case does not require us to balance the impact of the Act on liberty against the importance of Parliament's legislative objective.

[43] Les deux thèses se défendent. La jurisprudence reconnaît à juste titre qu'il est impossible de confiner le pouvoir de légiférer en droit criminel dans des catégories précises. Le droit criminel doit pouvoir s'adapter aux phénomènes nouveaux qui intéressent le public et qui touchent la santé et la sécurité des Canadiens et Canadiennes, de même qu'aux valeurs fondamentales de la société canadienne. Il ne convient donc pas d'adopter une approche rigide et catégorique pour déterminer ce qu'est un véritable objet de droit criminel. Par contre, une définition sans balises, jumelée à la règle de la prépondérance, est susceptible de rompre l'équilibre constitutionnel entre pouvoirs fédéraux et provinciaux. Il faut balayer les deux extrêmes. Pour qu'une loi constitue une règle de droit criminel valide, son objet doit répondre à une préoccupation publique touchant à la paix, à l'ordre, à la sécurité, à la morale, à la santé ou à quelque considération semblable. Dans le même temps, il faut mettre au rancart tout accroissement susceptible de compromettre le partage constitutionnel des pouvoirs.

[44] La question de savoir si une loi fédérale ressortit au pouvoir de légiférer en matière criminelle que confère au Parlement le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* équivaut à se demander *quel palier* de gouvernement a compétence pour adopter cette loi. Les pouvoirs respectifs de deux ordres de gouvernement sont en cause, et il convient de déterminer le caractère véritable de la loi. Le degré d'incidence de la Loi sur les libertés individuelles n'est pas pertinent à cet égard. Le procureur général du Québec ne conteste pas la *Loi sur la procréation assistée* au motif qu'elle constitue une atteinte injustifiée à la liberté individuelle, auquel cas la question se poserait de savoir si *n'importe quel palier* de gouvernement pourrait adopter une telle loi, ce qui ferait intervenir le pouvoir de l'État sur l'individu : voir les arrêts *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, et *Malmo-Levine*. Le procureur général du Québec conteste plutôt la Loi parce qu'elle empiète sur un domaine de compétence provinciale.

[45] Dès lors, point n'est besoin en l'espèce de mettre en balance l'incidence de la Loi sur la liberté et l'importance de l'objectif législatif du

The only question is whether the Act comes within the scope of s. 91(27). In this respect, I differ from my colleagues LeBel and Deschamps JJ., who argue that there is insufficient societal consensus to justify the restrictions that the Act imposes on individual liberties. With respect, the language of justification has no place in the pith and substance analysis.

[46] Criminal law objectives, such as peace, order, security, morality, and health do not occupy separate watertight compartments. The question in each case is whether the matter of the legislation at issue relates to one or more of the recognized criminal law purposes, or a similar objective. Criminal laws will often engage more than one objective, and the objectives may overlap with each other.

[47] In this case, the Attorney General of Canada relies mainly on the objectives of upholding morality and avoiding or containing potential public health evils. Mingled with these are overtones of security insofar as the practices may harm participants and offspring. It has been recognized that morality, public health evils and security are, in principle, capable of supporting criminal laws. We are not therefore confronted with the need to determine whether a new type of objective can be recognized as a valid criminal law purpose. The question is simply whether the legislative scheme falls within the ambit of the objectives that the Attorney General of Canada has identified.

[48] I turn now to consider the scope of the criminal law purposes that Parliament has identified. I conclude that upholding morality is the principal criminal law object of the Act. What is at stake is not merely two competing health schemes, but Parliament's power to enact general norms for the whole of Canada to meet the pressing moral concerns raised by the techniques of assisted reproduction. The objects of prohibiting public health evils and promoting security play supporting roles with respect to some provisions. Taken together, these objects confirm that the Act serves valid criminal law purposes. In reaching this conclusion, moreover, I do not intend to broaden the scope of the

Parlement. Une seule question se pose : la Loi est-elle du ressort du par. 91(27)? À cet égard, je diffère d'opinion d'avec les juges LeBel et Deschamps, qui soutiennent que le consensus social est insuffisant pour justifier les limitations que la Loi apporte aux libertés individuelles. En toute déférence, la question de la justification n'a pas sa place dans l'analyse relative au caractère véritable.

[46] Les objets de droit criminel que sont, par exemple, la paix, l'ordre, la sécurité, la moralité et la santé ne sont pas hermétiquement compartimentés. Il faut se demander dans chaque cas si le sujet de la loi en cause se rapporte à un ou à plusieurs des objets de droit criminel reconnus ou à un objectif apparenté. Une loi criminelle comporte souvent plusieurs objectifs, et ceux-ci peuvent se chevaucher.

[47] En l'espèce, le procureur général du Canada invoque comme objectifs principaux la défense de la morale et la prévention de maux éventuels pour la santé publique, auxquelles se greffe un souci de sûreté dans la mesure où les pratiques peuvent être préjudiciables à ceux qui y recourent et à leurs descendants. Il est établi que la morale, les maux pour la santé publique et la sécurité peuvent en principe constituer l'assise de lois criminelles. Point n'est donc besoin de décider s'il y a lieu de reconnaître un nouvel objectif légitime du droit criminel. Il faut seulement déterminer si le régime législatif poursuit les objectifs invoqués par le procureur général du Canada.

[48] Je passe maintenant à l'examen de la portée des objectifs du droit criminel qu'invoque le Parlement. J'arrive à la conclusion que la défense de la morale est le principal objet de droit criminel de la Loi. Ce ne sont pas seulement deux régimes de santé concurrents qui sont en jeu, mais le pouvoir du Parlement d'adopter des normes générales applicables à la grandeur du Canada pour répondre aux préoccupations morales que soulèvent les techniques de procréation assistée. L'interdiction visant des maux pour la santé publique et la promotion de la sécurité jouent des rôles d'appui dans le cas de certaines dispositions. Considérés ensemble, ces objets confirment la validité de la Loi au regard du

criminal law power, but rather apply this Court's jurisprudence.

(a) *Morality*

[49] Morality has long been recognized as a proper basis for the exercise of the criminal law power. In one of the first cases to consider the ambit of s. 91(27), Sir Montague E. Smith wrote that the criminal law power includes laws "designed for the promotion of public order, safety, or morals": *Russell v. The Queen* (1882), 7 App. Cas. 829 (P.C.), at p. 839. Similarly, in the *Margarine Reference*, Rand J. included morality in his famous definition of valid criminal law purposes.

[50] Criminal law may target conduct that Parliament reasonably apprehends as a threat to our central moral precepts: *Malmo-Levine*, at para. 78. Moral disapprobation is itself sufficient to ground criminal law when it addresses issues that are integral to society. Different people hold different views about issues such as the artificial creation of human life. However, under federalism analysis, the focus is on the importance of the moral issue, not whether there is societal consensus on how it should be resolved. Parliament need only have a reasonable basis to expect that its legislation will address a moral concern of fundamental importance, even if hard evidence is unavailable on some points because "the jury is still out": *Malmo-Levine*, at para. 78. Whether the law violates the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees of individual liberty is another issue.

[51] In summary, morality constitutes a valid criminal law purpose. The role of the courts is to ensure that such a criminal law in pith and substance relates to conduct that Parliament views as contrary to our central moral precepts, and that there is a consensus in society that the regulated

droit criminel. De plus, en tirant pareille conclusion, mon but n'est pas d'accroître le pouvoir de légiférer en droit criminel, mais bien d'appliquer la jurisprudence de notre Cour.

a) *La morale*

[49] La défense de la morale justifie depuis longtemps l'exercice du pouvoir de légiférer en droit criminel. Dans l'une des premières affaires relatives à la portée du par. 91(27), sir Montague E. Smith écrit que légiférer en cette matière comprend l'adoption de lois [TRADUCTION] « destinées à favoriser l'ordre, la sécurité et les bonnes mœurs publics » : *Russell c. The Queen* (1882), 7 App. Cas. 829 (C.P.), p. 839. De même, dans le *Renvoi sur la margarine*, le juge Rand inclut la morale dans sa célèbre définition d'un véritable objet de droit criminel.

[50] Le droit criminel peut viser le comportement dont le Parlement craint raisonnablement qu'il compromette nos règles morales fondamentales : *Malmo-Levine*, par. 78. La désapprobation morale suffit en elle-même à justifier le recours au droit criminel lorsqu'il s'agit de résoudre des questions qui sont inhérentes à la société. Chacun a son propre point de vue sur une question comme celle de la création artificielle de la vie humaine. Cependant, dans une analyse axée sur le fédéralisme, on s'attache à l'importance de la question morale, et non à l'existence ou à l'inexistence d'un consensus social quant à la manière dont il convient de la régler. Le Parlement a seulement besoin de motifs raisonnables de croire que sa loi s'attaquera à une question morale d'une importance fondamentale, même s'il n'y a pas de preuve tangible à certains égards parce que « la situation n'est pas encore nette » : *Malmo-Levine*, par. 78. Que la loi puisse porter atteinte aux libertés individuelles garanties par la *Charte canadienne des droits et libertés* est une autre affaire.

[51] En résumé, la défense de la morale constitue un objectif légitime du droit criminel. Il incombe aux tribunaux de s'assurer que, par son caractère véritable, la loi criminelle en cause s'attaque à un comportement qui, selon le Parlement, va à l'encontre de nos préceptes moraux primordiaux et que la

activity engages a moral concern of fundamental importance.

(b) *Health*

[52] Health is a jurisdiction shared by both the provinces and the federal government. In order to preserve the balance of powers, Parliament's ability to pass criminal laws on the basis of health must be circumscribed. To this end, criminal laws for the protection of health must address a "legitimate public health evil": *RJR-MacDonald*, at para. 32; see also *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112, at p. 142.

[53] It has proven difficult to articulate a precise definition of a legitimate public health evil. It has been held that the federal criminal law power encompasses the regulation or prohibition of threats as diverse as tobacco (*RJR-MacDonald*); dangerous and adulterated food and drug products (*Wetmore*); illicit drugs (*Malmo-Levine*); gun control (*Firearms Reference*); and environmental degradation (*Hydro-Québec*).

[54] Behind the diversity in the cases that have upheld criminal laws on the basis of public health evils lie three constant features. In each of these cases, the criminal law was grounded in (1) human conduct (2) that has an injurious or undesirable effect (3) on the health of members of the public.

[55] Human conduct causing harm is the fundamental stuff of the criminal law. The element of harmful human conduct transforms a public health problem, like cancer, into a public health evil, like tobacco. The criminalization of public health evils recognizes that criminal liability is not confined to crimes like murder and fraud, where human conduct is coupled with injury to a specific person. Parliament is entitled to target conduct that elevates the *risk* of harm to individuals, even if it does not always crystallize in injury. For example, Parliament may criminalize dangerous driving, despite the fact that it creates only a risk of injury,

société tout entière convient que l'activité réglementée met en jeu une question morale dont l'importance est fondamentale.

b) *La santé*

[52] La santé est un domaine qui relève à la fois des provinces et du fédéral. Afin de préserver l'équilibre des compétences, le pouvoir du Parlement d'adopter des lois criminelles en la matière doit être circonscrit. C'est pourquoi les règles de droit criminel à visée sanitaire doivent s'attaquer à un « mal [véritable] pour la santé publique » : *RJR-MacDonald*, par. 32; voir également *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, p. 142.

[53] Il s'est révélé difficile de définir avec précision le mal véritable pour la santé publique. Notre Cour a reconnu que le pouvoir fédéral de légiférer en matière de droit criminel englobe la réglementation ou l'interdiction de différentes choses dangereuses comme le tabac (*RJR-MacDonald*), les aliments et drogues dangereux et falsifiés (*Wetmore*), les drogues illicites (*Malmo-Levine*), les armes (*Renvoi sur les armes à feu*) et la détérioration de l'environnement (*Hydro-Québec*).

[54] Trois éléments se retrouvent dans toutes les décisions judiciaires qui valident des dispositions criminelles sur le fondement de l'existence d'un mal pour la santé publique. Dans chacune de ces affaires, le droit criminel tire sa légitimité (1) d'une activité humaine (2) qui a un effet nuisible ou indésirable (3) sur la santé des gens.

[55] L'activité humaine préjudiciable est le matériau de base du droit criminel. Elle fait d'un problème de santé publique, comme le cancer, un mal pour la santé publique, tel le tabac. La criminalisation de maux pour la santé publique reconnaît que la responsabilité pénale n'est pas seulement engagée lors de la perpétration d'un crime comme le meurtre ou la fraude, où l'activité humaine inflige en sus un préjudice à une personne en particulier. Le Parlement peut prendre pour cible le comportement qui accroît le *risque* de préjudice pour le citoyen, même si ce risque ne se concrétise pas toujours. À titre d'exemple, il peut criminaliser la

not a certainty. Where human conduct may cause injurious or undesirable effects on the health of members of society, Parliament may prohibit it as a public health evil.

[56] No constitutional threshold level of harm, as such, constrains Parliament's ability to target conduct causing these evils. It is not apparent that the criminal law may only regulate the severest risks to individual's health and safety, and not also prohibit less severe harms that are of public concern. In *RJR-MacDonald*, La Forest J. emphasized that the harm of tobacco consumption was "dramatic and substantial" (para. 32). However, this observation does not constrain the test he applied for whether Parliament may regulate a risk to health: "... the criminal law power may validly be used to safeguard the public from any injurious or undesirable effect. The scope of the federal power to create criminal legislation with respect to health matters is broad, and is circumscribed only by the requirements that the legislation must contain a prohibition accompanied by a penal sanction and must be directed at a legitimate public health evil" (para. 32 (emphasis added; internal quotation marks omitted)). This said, the need to establish a reasonable apprehension of harm means that conduct with little or no threat of harm is unlikely to qualify as a "public health evil": *Malmo-Levine*, at para. 212, *per* Arbour J., dissenting, but not on this point.

[57] My colleagues LeBel and Deschamps JJ. argue that there is little to distinguish assisted reproduction from any other emerging field of medical practice. All medical practices come with risks. This, they argue, does not bring those practices within the federal criminal law power. The answer to this argument, confirmed by the cases, is that, provided it is not a colourable intrusion upon provincial jurisdiction (i.e. one not supported by a valid criminal law purpose), Parliament is entitled

conduite dangereuse malgré le caractère éventuel, et non certain, du risque créé. Lorsqu'une activité humaine expose les membres de la société à des effets nuisibles ou indésirables sur la santé, il est loisible au Parlement de l'interdire parce qu'elle constitue un mal pour la santé publique.

[56] Nulle exigence constitutionnelle de préjudice minimal n'entrave comme telle la faculté du Parlement de s'attaquer à l'activité qui est à l'origine de ce mal. Il n'appert pas que le droit criminel peut seulement s'attaquer aux activités qui font courir les risques les plus graves à la santé et à la sécurité des personnes et qu'il ne peut pas également interdire les préjudices moins graves qui suscitent l'inquiétude du public. Dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, le juge La Forest souligne que les effets nocifs de l'usage du tabac sont « saisissants et importants » (par. 32). Or, cette observation ne limite pas le test qu'il retient pour déterminer si le Parlement peut réglementer relativement à un risque sanitaire : « ... la compétence en matière de droit criminel peut valablement être exercée pour protéger le public contre un effet nuisible ou indésirable. Le fédéral possède une vaste compétence pour ce qui est de l'adoption de lois en matière criminelle relativement à des questions de santé, et cette compétence n'est circonscrite que par les exigences voulant qu'elles comportent une interdiction accompagnée d'une sanction pénale, et qu'elles visent un mal [véritable] pour la santé publique » (par. 32 (je souligne; guillemets omis)). Cela dit, l'obligation d'établir la crainte raisonnable d'un préjudice fait en sorte que l'activité présentant peu de risques ou aucun est peu susceptible d'être considérée comme un « mal [...] pour la santé publique » : *Malmo-Levine*, par. 212, la juge Arbour, dissidente, mais pas sur ce point.

[57] Mes collègues les juges LeBel et Deschamps font valoir que peu de choses distinguent la procréation assistée des autres domaines innovants de la médecine. Toute activité médicale comporte un risque, ce qui ne justifie pas son assujettissement au pouvoir fédéral de légiférer en matière de droit criminel. Je réponds — jurisprudence à l'appui — que le Parlement peut, sauf empiètement spécieux sur la compétence provinciale (c.-à-d. qui n'est pas justifié par un objectif légitime du droit criminel),

to use the criminal law power to safeguard the public from conduct that may have an injurious or undesirable effect on the health of members of the public, notwithstanding the provinces' general right to regulate the medical profession. Health is subject to overlapping federal and provincial jurisdiction, and the provinces' power to legislate in this field does not exclude Parliament's authority to target conduct that constitutes a public health evil: *RJR-MacDonald*, at para. 32.

(c) *Security*

[58] Security is relied on only peripherally in this case. Yet the Attorney General of Canada raises morality and health concerns that have significant implications for personal security. It is beyond dispute that one of the most fundamental purposes of criminal law — indeed its most fundamental purpose — is the protection of personal security. To preserve human life and security is the state's most fundamental concern. Traditionally, the criminal law has played a central role in the pursuit of this objective. This extends to life before birth; control over the termination of pregnancy has long been recognized as a valid criminal law subject: see *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616. It is beyond the scope of the present appeal to decide whether such laws infringe individual liberties in a manner that is unconstitutional. In the context of the federalism analysis, it suffices that the protection of vulnerable groups has been recognized as a valid criminal law purpose.

(d) *Is the Legislative Scheme Grounded in a Valid Criminal Law Purpose?*

[59] As discussed earlier, the purposes of the criminal law overlap. Morality, public health evils and security may focus on the same concerns. In exercising its criminal law power, Parliament is not confined to a single purpose or a given combination of purposes. What is required is that the legislation, properly characterized and considered in light of

recourir au droit criminel pour protéger le public contre une activité susceptible d'avoir un effet nuisible ou indésirable sur la santé, malgré le droit général des provinces de réglementer l'exercice de la médecine. Dans le domaine de la santé, les compétences fédérale et provinciale se chevauchent, et le pouvoir des provinces de légiférer en la matière n'écarte pas celui du Parlement de s'attaquer à une activité qui représente un mal pour la santé publique : *RJR-MacDonald*, par. 32.

c) *La sécurité*

[58] La sécurité n'est invoquée que de manière périphérique dans la présente affaire. Pourtant, le procureur général du Canada invoque des problèmes d'ordre moral et sanitaire qui ont d'importantes répercussions sur la sécurité des personnes. Nul ne conteste que l'un des objectifs les plus fondamentaux du droit criminel — le plus fondamental en fait — consiste à assurer la sécurité de chacun. Protéger la vie humaine et la sécurité des citoyens constitue le souci premier de l'État. Le droit criminel a de tout temps joué un rôle central dans la réalisation de cet objectif, qui s'applique à la vie avant la naissance, et la réglementation de l'interruption de grossesse est depuis longtemps reconnue comme un véritable objet de droit criminel (voir l'arrêt *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616). La question de savoir si, dans ces cas, des dispositions porteraient atteinte aux libertés individuelles de manière inconstitutionnelle échappe à la portée du présent pourvoi. Dans le contexte d'une analyse axée sur le fédéralisme, il suffit que la protection des personnes vulnérables ait été reconnue comme un objectif légitime du droit criminel.

d) *Le régime législatif prend-il appui sur un objectif légitime du droit criminel?*

[59] Je rappelle que les objectifs du droit criminel peuvent se chevaucher. Morale, mal pour la santé publique et sécurité peuvent donner lieu aux mêmes préoccupations. Lorsqu'il exerce son pouvoir de légiférer en droit criminel, le Parlement n'a pas à s'en tenir à un seul objectif ou à une combinaison particulière d'objectifs. Il faut que la loi,

the various objectives advanced, serves legitimate criminal law purposes.

[60] For the reasons that follow, I conclude that the *Assisted Human Reproduction Act*, viewed as a whole, is grounded in valid criminal law purposes.

[61] Assisted reproduction raises weighty moral concerns. The creation of human life and the processes by which it is altered and extinguished, as well as the impact this may have on affected parties, lie at the heart of morality. Parliament has a strong interest in ensuring that basic moral standards govern the creation and destruction of life, as well as their impact on persons like donors and mothers. Taken as a whole, the Act seeks to avert serious damage to the fabric of our society by prohibiting practices that tend to devalue human life and degrade participants. This is a valid criminal law purpose, grounded in issues that our society considers to be of fundamental importance.

[62] Overlapping with the morality concerns are concerns for public health. As discussed above, acts or conduct that have an injurious or undesirable effect on public health constitute public health evils that may properly be targeted by the criminal law. The question is whether the threats to donors of sperm or ova, surrogate mothers and persons created through misuse of the techniques of assisted reproduction, fall within this principle. In my view, they do. It is not difficult to project serious physical and psychological harms to the affected individuals. How assisted reproduction techniques are used can mean the difference between life and death, health and sickness. Conduct that abuses these processes poses risks to the health of the population and may legitimately be considered a public health evil to be addressed by the criminal law.

une fois son caractère correctement déterminé et au regard des différents objectifs qu'elle énonce, ait des visées légitimes en droit criminel.

[60] Pour les motifs qui suivent, je conclus que la *Loi sur la procréation assistée*, considérée dans son ensemble, prend appui sur des objectifs légitimes en droit criminel.

[61] La procréation assistée soulève d'importantes préoccupations d'ordre moral. La création de la vie humaine et les procédés par lesquels celle-ci est modifiée ou supprimée, ainsi que les répercussions pour les personnes en cause, participent de la morale. Le Parlement a grandement intérêt à ce que les règles éthiques fondamentales régissent la création et la destruction de la vie, de même que les répercussions de celles-ci sur, par exemple, les donneurs et les mères. Considérée globalement, la Loi vise à prévenir la détérioration importante du tissu social, et ce, en interdisant les pratiques qui tendent à dévaloriser la vie humaine et à avilir les personnes qui y recourent. Il s'agit d'un objectif légitime du droit criminel prenant appui sur des considérations qui revêtent une importance fondamentale pour notre société.

[62] Il y a chevauchement entre souci moral et souci sanitaire. Rappelons que le droit criminel peut légitimement viser le mal pour la santé publique que constitue l'acte ou l'activité qui a un effet nuisible ou indésirable sur la santé publique. La question est celle de savoir si le risque auquel sont exposés les donneurs de spermatozoïdes ou d'ovules, les mères porteuses et les personnes issues du recours aux techniques de procréation assistée tombe sous le coup de ce principe. À mon avis, c'est le cas. On conçoit aisément le préjudice corporel et psychologique susceptible d'être infligé aux personnes touchées. La manière dont on y recourt peut faire en sorte que les techniques de procréation assistée entraînent la vie ou la mort, la santé ou la maladie. Le recours abusif à ces techniques crée un risque sanitaire pour la population et peut légitimement être considéré comme un mal pour la santé publique auquel peut s'attaquer le droit criminel.

[63] Overlapping with the concerns of upholding morality and addressing public health evils is a final concern — security. The Attorney General of Canada argues that reproductive techniques, improperly used, threaten the security of those involved in the processes and those born as a result of their application. While the record does not detail these concerns, again they are easy to envision.

[64] I conclude that the legislative scheme is not directed toward the promotion of positive health measures, but rather addresses legitimate criminal law objects. As discussed above, the other two elements of criminal law, prohibition and penalty, are established on the face of the Act. I therefore conclude that the *Assisted Human Reproduction Act*, viewed as a whole, is valid criminal legislation.

[65] It may be appropriate at this point to address the arguments relied on by LeBel and Deschamps JJ. in support of their view that the criminal law must be circumscribed to prevent trenching on provincial powers to regulate health.

[66] My colleagues argue that the law generally regulates “a specific type of health services provided in health-care institutions by health-care professionals” (para. 227). They characterize the Province’s power under s. 92(16) (“Generally all Matters of a merely local or private Nature in the Province”) as a residual power. They go on to paint a picture of provincial health law being in conflict with the federal criminal law power, and conclude that the federal criminal power must be circumscribed to accommodate the Quebec regulatory scheme.

[67] My colleagues’ conclusion takes them into untravelled constitutional territory. “Double occupancy” of a field of endeavour, such as health, is a permanent feature of the Canadian constitutional order. It leads to a standard “double aspect” analysis under which both aspects subsist side by

[63] Il y a chevauchement non seulement des préoccupations liées à la défense de la morale et à la lutte contre les maux pour la santé publique, mais aussi d’un dernier élément, la sécurité. Le procureur général du Canada soutient que les techniques de procréation, lorsqu’elles sont utilisées inadéquatement, compromettent la sécurité des personnes qui y recourent et de celles qui naissent grâce à elles. Le dossier ne renferme pas de précisions sur ces inquiétudes, mais il est encore une fois aisé de les concevoir.

[64] J’arrive à la conclusion que le régime législatif n’est pas axé sur la promotion de mesures sanitaires bénéfiques, mais qu’il vise plutôt la réalisation d’objectifs légitimes du droit criminel. Je l’ai déjà dit, les deux autres éléments du droit criminel, à savoir l’interdiction et la sanction, ressortent du libellé de la Loi. J’estime donc que, considérée dans son ensemble, la *Loi sur la procréation assistée* est une loi criminelle valide.

[65] Il convient peut-être à ce stade de se pencher sur les arguments invoqués par les juges LeBel et Deschamps à l’appui de leur thèse selon laquelle le droit criminel doit être délimité de façon à empêcher son empiètement sur le pouvoir des provinces de légiférer dans le domaine de la santé.

[66] Mes collègues font valoir que la loi réglemente généralement « un secteur particulier des services de santé dispensés dans des établissements de soins de santé par des professionnels de la santé » (par. 227). Ils qualifient de « résiduelle » la compétence provinciale conférée au par. 92(16) (« [g]énéralement toutes les matières d’une nature purement locale ou privée dans la province »). Ils brosent un tableau qui oppose le droit provincial de la santé au pouvoir fédéral de légiférer en matière de droit criminel et ils concluent que celui-ci doit être délimité en fonction du régime de réglementation québécois.

[67] La conclusion de mes collègues les amène en territoire constitutionnel peu fréquenté. La « double occupation » d’un champ d’activité, comme la santé, est une caractéristique incontournable de l’ordre constitutionnel canadien. Elle mène à une analyse type axée sur le « double aspect » où chacun des

side, except in case of conflict, when the federal power prevails: *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, at para. 11. In holding that the double aspect doctrine does not apply to this field of double occupancy, my colleagues assert a new approach of provincial exclusivity that is supported by neither precedent nor practice. Canadian constitutional jurisprudence has consistently granted wide latitude to the federal criminal law power, despite the fact that much of the criminal law has a provincial regulatory counterpart. For example, most provinces have drug and pharmaceutical laws, but these do not preclude federal criminal legislation to control narcotics.

[68] The *Constitution Act, 1867*, allocates to Parliament jurisdiction over the criminal law precisely to permit Parliament to create uniform norms. Circumscription of the ambit of the criminal law to avoid trenching on provincial regulation runs counter to this purpose. Criminal norms of necessity often touch on matters that are regulated by the provinces. This must be so, in the interest of uniform criminal law norms throughout Canada.

[69] In support of their contention that the criminal law must be circumscribed to preserve space for provincial regulation, my colleagues repeatedly refer to the principle of subsidiarity (e.g., para. 273). The idea behind this principle is that power is best exercised by the government closest to the matter. Since the provincial governments are closest to health care, the argument goes, they should exercise power in this area, free from interference of the criminal law. Subsidiarity therefore favours provincial jurisdiction.

[70] Despite its initial appeal, this argument misconstrues the principle of subsidiarity. As L'Heureux-Dubé J. explained in *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson*

deux aspects subsiste côte à côte, sauf en cas d'incompatibilité, auquel cas le pouvoir fédéral a prépondérance : *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, par. 11. En concluant que la doctrine du double aspect ne s'applique pas à ce champ occupé par les deux ordres de gouvernement, mes collègues mettent de l'avant une théorie nouvelle de l'exclusivité provinciale qui n'est étayée ni par la jurisprudence ni par la réalité des faits. La jurisprudence constitutionnelle canadienne a toujours accordé une grande latitude au pouvoir fédéral de légiférer en matière de droit criminel, même si une grande partie de la législation pénale cohabite avec une réglementation provinciale. Par exemple, la plupart des provinces sont dotées de lois sur les médicaments et la pharmacie, mais celles-ci ne font pas obstacle à la législation pénale fédérale réglementant les stupéfiants.

[68] La *Loi constitutionnelle de 1867* accorde au Parlement le pouvoir de légiférer en matière de droit criminel précisément pour lui permettre d'établir des normes uniformes. Délimiter le droit criminel afin qu'il n'empiète pas sur la réglementation provinciale va à l'encontre de cet objectif. Il arrive souvent qu'une norme pénale doive toucher à un objet de réglementation provinciale. Il doit en être ainsi pour favoriser l'application de normes pénales uniformes à la grandeur du Canada.

[69] À l'appui de leur prétention voulant que le droit criminel doive être délimité de manière à respecter un champ de réglementation provinciale, mes collègues invoquent à maintes reprises le principe de subsidiarité (notamment au par. 273). Derrière ce principe se profile l'idée que le gouvernement le plus proche des administrés dans un domaine est le plus apte à y exercer son pouvoir. Dès lors, comme les gouvernements provinciaux ont le lien le plus direct avec la prestation des soins de santé, ce devrait être eux qui légifèrent dans le domaine, sans immixtion du droit criminel. La subsidiarité favorise donc la compétence provinciale.

[70] Aussi attrayant qu'il soit à première vue, l'argument s'appuie sur une interprétation erronée du principe de subsidiarité. Dans l'arrêt *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c.*

(*Town*), 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241, at para. 3, in an area of jurisdictional overlap, the level of government that is closest to the matter will often introduce complementary legislation to accommodate local circumstances. In *Spraytech*, for example, the town supplemented federal pesticide controls by further restricting the use of certain substances. L'Heureux-Dubé J. decided that the town could adopt higher standards for pesticide control because the local law complemented, rather than frustrated the federal legislation. She took this as an example of subsidiarity. Moreover, as developed above, a carve-out to a criminal law would not be paramount to stricter provincial regulations.

[71] Additionally, the federal-provincial equivalency provision found at s. 68 of the Act answers the argument that Quebec already regulates the subject matter of the Act, and is better placed to do so: if this is the case, an arrangement between the federal government and Quebec may occur, in which case the Quebec law would be enforced by officials of the Quebec government.

[72] More fundamentally, subsidiarity does not override the division of powers in the *Constitution Act, 1867*. L'Heureux-Dubé J. cautioned that “there is a fine line between laws that legitimately complement each other and those that invade another government’s protected legislative sphere” (*Spraytech*, at para. 4), and she noted that subsidiarity allows only the former. Subsidiarity might permit the provinces to introduce legislation that complements the *Assisted Human Reproduction Act*, but it does not preclude Parliament from legislating on the shared subject of health. The criminal law power may be invoked where there is a legitimate public health evil, and the exercise of this power is not restricted by concerns of subsidiarity.

*Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241, la juge L'Heureux-Dubé explique au par. 3 que dans un domaine où les compétences se chevauchent, le palier de gouvernement le plus proche des administrés adopte souvent des dispositions complémentaires pour tenir compte de la situation locale. Dans cette affaire, par exemple, la ville avait étoffé la réglementation fédérale des produits antiparasitaires en limitant davantage l'utilisation de certaines substances. La juge L'Heureux-Dubé statue que la ville peut resserrer les normes d'utilisation des pesticides, car le droit municipal complète alors le droit fédéral et ne l'écarte pas. Elle y voit un cas de subsidiarité. De plus, comme je l'explique précédemment, l'exception établie par le droit criminel n'a pas prépondérance sur la réglementation provinciale plus sévère.

[71] Au surplus, la disposition permettant au fédéral et à une province de conclure un accord d'équivalence — l'art. 68 — réfute l'argument voulant que le Québec réglemente déjà le domaine visé par la Loi et qu'il soit le mieux placé pour le faire. En effet, si tel était le cas, un accord pourrait intervenir entre les gouvernements fédéral et provincial, et le droit québécois serait alors appliqué par les autorités québécoises.

[72] Plus fondamentalement, la subsidiarité ne prévaut pas sur le partage des compétences prévu dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. La juge L'Heureux-Dubé signale d'ailleurs qu'« il existe une distinction subtile entre les lois qui se complètent légitimement les unes les autres et celles qui empiètent sur le domaine de compétence législative protégé de l'autre ordre de gouvernement » (*Spraytech*, par. 4), ajoutant que la subsidiarité ne permet que la complémentarité. Ce principe peut permettre aux provinces d'adopter des dispositions qui complètent la *Loi sur la procréation assistée*, mais il n'empêche pas le Parlement de légiférer dans le domaine de compétence partagée qu'est la santé. Le pouvoir de légiférer en droit criminel peut être invoqué lorsqu'il existe un mal véritable pour la santé publique, et son exercice n'est pas limité par des considérations de subsidiarité.

[73] Nor can I accept my colleagues' argument that recognition of the Act as valid criminal law will place us on a slippery slope leading to federal dominion over a vast array of risky medical practices. My colleagues write that:

In the end, if we were to adopt the Attorney General of Canada's interpretation and accept that the fact that a technology is "novel" justifies, on its own, resorting to the criminal law power, nearly every new medical technology could be brought within federal jurisdiction. This view of the criminal law is incompatible with the federal nature of Canada; it not only upsets the constitutional balance of powers in the field of health, but also undermines the very definition of federalism. [para. 256]

[74] It is not the degree of risk that brings a medical procedure within s. 91(27), but a genuine criminal law purpose, whether grounded in morality, a public health evil, or security. "Playing God" with genetic manipulation engages moral concerns that my colleagues' example of risky cardiac bypass surgery does not. Different medical experiments and treatments will raise different issues. Few will raise "moral" issues of an order approaching those inherent in reproductive technologies. The federal criminal law at issue in this case does not threaten "the constitutional balance".

[75] Nor can I accept my colleagues' suggestion that the beneficial aspects of assisted reproduction oust the possibility of a valid criminal law purpose. At several points in their reasons my colleagues draw attention to the desirable aspects of assisted reproduction. The suggestion seems to be that something so good cannot be the subject matter of criminal law:

... the evidence also shows that the same authorities recognized that some assisted reproductive technologies are beneficial to society and should accordingly be supported, although they also need to be regulated. [para. 211]

[73] Je ne peux non plus souscrire à la thèse de mes collègues voulant que la validation de la Loi au regard du droit criminel nous engage sur la pente glissante de l'assujettissement à la compétence fédérale d'une grande variété d'actes médicaux comportant des risques. Selon eux :

À terme, retenir l'interprétation du procureur général du Canada et reconnaître que le caractère « inédit » d'une technique justifie en soi le recours au droit criminel pourrait mener à l'assujettissement de presque toutes les nouvelles techniques médicales à la compétence fédérale. Cette conception du droit criminel est incompatible avec la nature fédérative de notre État; non seulement elle bouleverse notre équilibre fédératif dans le domaine de la santé, mais elle mine aussi la définition même du fédéralisme. [par. 256]

[74] Ce n'est pas l'importance du risque qui fait relever un acte médical du par. 91(27), mais le véritable objet de droit criminel, qu'il prenne appui sur la morale, un mal pour la santé publique ou la sécurité. Jouer les « apprentis sorciers » par la manipulation du matériel génétique fait intervenir des questions morales que ne met pas en jeu l'intervention périlleuse qu'est le pontage cardiaque et dont font mention mes collègues à titre d'exemple. Différentes expériences et thérapies médicales suscitent différentes interrogations. Rares sont celles qui soulèvent des questions « morales » d'une importance comparable à celles qui sont inhérentes aux techniques de procréation. Les dispositions criminelles fédérales contestées en l'espèce ne menacent pas « l'équilibre fédératif ».

[75] Je ne conviens pas non plus avec mes collègues que les aspects bénéfiques de la procréation assistée rendent impossible l'existence d'un véritable objet de droit criminel. À quelques reprises dans leurs motifs, ils soulignent les bienfaits de la procréation assistée. Ils paraissent laisser entendre qu'une chose aussi bénéfique ne saurait faire l'objet de dispositions de droit criminel :

... la preuve révèle également que les mêmes autorités reconnaissaient que plusieurs techniques de procréation assistée présentent des avantages pour la société et, de ce fait, doivent être soutenues, mais également encadrées. [par. 211]

Assisted human reproduction was not then, nor is it now, an evil needing to be suppressed. In fact, it is a burgeoning field of medical practice and research that, as Parliament mentions in s. 2 of the [Act], brings benefits to many Canadians. [para. 251]

[76] As I explained earlier, I do not share the view that the Act can be characterized as legislation in relation to the positive aspects of assisted reproduction. However, my colleagues' argument on this point raises a more fundamental issue. Their reasoning, with respect, substitutes a judicial view of what is good and what is bad for the wisdom of Parliament. Similar arguments have been rejected in other contexts. In *Malmo-Levine*, for example, it was argued that use of marijuana benefits many Canadians and not just those in medical need. My colleagues break new ground in enlarging the judiciary's role in assessing valid criminal law objectives. It is ground on which I respectfully decline to tread.

[77] For the foregoing reasons, I cannot subscribe to the picture of Canadian federalism painted by my colleagues, where the federal criminal law power would be circumscribed by provincial competencies. I share their view that the criminal law cannot be used to eviscerate the provincial power to regulate health. Our Constitution prevents this from occurring, however, by requiring that criminal laws further a valid criminal law objective, and that they adopt the form of a prohibition. These requirements allow for the nationwide criminal norms that the Constitution intended, while ensuring adequate space for provincial regulation.

B. *Do the Prohibitions in Sections 8 to 13 of the Act Constitute Valid Criminal Law?*

[78] The federalism analysis does not end merely because it has been determined that a law, viewed

La procréation assistée n'était pas alors un mal qu'il convenait de réprimer, et elle ne l'est pas non plus aujourd'hui. En réalité, il s'agit d'un domaine en plein essor de la pratique médicale et de la recherche qui, comme l'énonce le Parlement à l'art. 2 de la [Loi], comporte des avantages pour de nombreux Canadiens et Canadiennes. [par. 251]

[76] Non seulement, je le répète, je ne crois pas que le caractère de la Loi puisse être déterminé en fonction des aspects bénéfiques de la procréation assistée, mais j'estime aussi que la thèse de mes collègues sur ce point est entachée d'une faille plus fondamentale. En toute déférence, leur raisonnement équivaut à substituer à la sagesse du législateur fédéral l'opinion des tribunaux sur ce qui est bien et ce qui est mal. Semblable argumentation a été rejetée dans d'autres contextes. Dans l'affaire *Malmo-Levine*, par exemple, on prétendait que la consommation de marijuana bénéficiait à de nombreux Canadiens, et pas seulement à ceux qui en avaient besoin sur le plan médical. Mes collègues innovent en accroissant le rôle des tribunaux lorsqu'il s'agit de déterminer si une disposition comporte un véritable objet de droit criminel. Je refuse cependant de les suivre dans cette voie.

[77] Pour les motifs qui précèdent, je ne peux être d'accord avec le tableau que mes collègues brossent du fédéralisme canadien, un tableau où le pouvoir fédéral de légiférer en matière de droit criminel est circonscrit en fonction des compétences provinciales. Je conviens que le droit criminel ne saurait servir à vider de son contenu le pouvoir des provinces de réglementer le domaine de la santé. Or, notre Constitution fait obstacle à une telle dérive en exigeant qu'une loi criminelle poursuive un objectif légitime du droit criminel et qu'elle revête la forme d'une interdiction. Ces exigences permettent l'application de normes criminelles à l'échelon national conformément à la Constitution, tout en ménageant un espace suffisant pour l'exercice des compétences provinciales.

B. *Les interdictions prévues aux art. 8 à 13 de la Loi constituent-elles des règles de droit criminel valides?*

[78] L'analyse axée sur le fédéralisme ne prend pas fin seulement parce qu'il a été déterminé

as a whole, is valid criminal legislation. Even if a law is in pith and substance criminal legislation, it may nevertheless contain provisions which are neither valid criminal prohibitions, nor ancillary to valid criminal prohibitions. An invalid legislative provision is not rendered valid merely because it is included in a legislative scheme that, viewed globally, is valid: *General Motors*. In each case, the question is whether the provision, considered in the context of the larger scheme of the Act, is valid criminal legislation, in terms of prohibition, penalty and criminal law purpose.

[79] The Attorney General of Quebec accepts that ss. 5 to 7 are valid criminal law, reflecting pressing moral concerns. These sections ban a variety of conduct, including cloning human beings, creating an embryo from genetic material taken from another embryo or a foetus, maintaining an embryo outside the body of a woman more than 14 days after fertilization (ectogenesis), creating a chimera, paying consideration to surrogate mothers, and purchasing sperm or ova.

[80] The challenged prohibitions in ss. 8 to 13 generally engage the same morality, health, and security issues as the prohibitions in ss. 5 to 7, as discussed more fully below. Sections 10 and 11 amplify the scope of the prohibitions in s. 5, and s. 12 addresses the pecuniary issues that arise in ss. 6 and 7. The Attorney General of Quebec's main challenge to these provisions is based on the form they take. The Attorney General of Quebec places great emphasis on the fact that some of the prohibitions in ss. 8 to 13 are subject to exceptions, and many of them operate against the backdrop of regulations and a licensing scheme, which remain to be fully articulated. The Attorney General of Quebec contends that the "controlled activities" prohibitions in ss. 10 to 13 promulgate a scheme to regulate medicine and research in the area of assisted reproduction. It takes a similar view of the prohibitions in ss. 8 and 9. Consequently, the Attorney General of Quebec argues that

qu'une loi, considérée dans son ensemble, est véritablement de nature criminelle. Une loi dont le caractère véritable est criminel peut néanmoins renfermer des dispositions qui ne sont ni des interdictions relevant du droit criminel ni des dispositions accessoires à de telles interdictions. Une disposition législative invalide n'est pas rendue valide par le seul fait qu'elle figure dans un régime législatif qui, considéré globalement, est valide : *General Motors*. Il faut se demander dans chaque cas si, eu égard au contexte général de la loi, la disposition ressortit véritablement au droit criminel au regard des éléments que sont l'interdiction, la sanction et l'objet de droit criminel.

[79] Le procureur général du Québec reconnaît que les art. 5 à 7 constituent des règles de droit criminel valides qui répondent à des préoccupations morales pressantes. Les interdictions qui y sont prévues frappent différentes activités, dont le clonage d'un être humain, la création d'un embryon à partir de matériel génétique provenant d'un autre embryon ou d'un foetus, la conservation d'un embryon en dehors du corps d'une femme plus de 14 jours après la fécondation (ectogénèse), la création d'une chimère, la rétribution d'une mère porteuse et l'achat de spermatozoïdes ou d'ovules.

[80] Les interdictions contestées créées aux art. 8 à 13 mettent généralement en cause les mêmes considérations liées à la morale, à la santé et à la sécurité que les interdictions faites aux art. 5 à 7. J'y reviendrai plus en détail. Les articles 10 et 11 accroissent la portée des interdictions prévues à l'art. 5, tandis que l'art. 12 porte sur les questions pécuniaires découlant des art. 6 et 7. Le procureur général du Québec reproche principalement à ces dispositions la forme qu'elles revêtent. Il insiste beaucoup sur le fait que certaines des interdictions prévues aux art. 8 à 13 comportent des exceptions et que bon nombre d'entre elles s'appliquent en fonction d'un régime de réglementation et d'autorisation aux contours non encore définis. Il soutient que les art. 10 à 13 prévoyant des interdictions à l'égard d'« activités réglementées » créent un régime qui régleme la médecine et la recherche dans le domaine de la procréation assistée. Sa prétention est semblable concernant les art. 8 et 9

none of these provisions are valid criminal law.

[81] As discussed earlier in connection with the legislative scheme viewed as a whole, the cases establish that criminal prohibitions may permit exceptions, and that the exceptions may take the form of a regulatory scheme. Thus, the form of ss. 8 to 13 is itself insufficient to remove these sections from the scope of the federal criminal law power.

[82] The Attorney General of Quebec's argument appears to be that the *extent* of the regulation and the *unpublished nature of the regulations* distinguishes this case from cases like *RJR-MacDonald* and the *Firearms Reference*, where regulatory schemes were upheld as valid criminal law.

[83] I turn first to the fact that the regulations have not yet been published. It is difficult to see how the unpublished nature of the regulations could take an otherwise valid criminal regulatory scheme outside the federal criminal law power. The suggestion is that the regulations, when published, will effectively hijack provincial competencies with respect to hospitals and the medical profession.

[84] However, the issue in the present appeal is the validity of the Act, not the regulations. In a case where regulations have been passed, it may be appropriate to scrutinize them to ascertain the true intent of the legislature (see, e.g., *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152, at para. 35, *per* Deschamps J.). In the absence of regulations, however, the only question is whether the "controlled activities" provisions are a valid exercise of Parliament's legislative authority. Any regulations passed under the enabling statute will be valid only insofar as they further valid criminal law goals, and they will be subject to challenge to the extent that they do not.

et les interdictions qu'ils prévoient. Il plaide donc qu'aucune de ces dispositions n'est une règle de droit criminel valide.

[81] Comme je le mentionne précédemment en liaison avec le régime législatif considéré dans son ensemble, la jurisprudence établit qu'une interdiction criminelle peut comporter des exceptions et que celles-ci peuvent prendre la forme d'un régime de réglementation. Par conséquent, la forme qu'ils revêtent ne suffit pas à elle seule à soustraire les art. 8 à 13 à la compétence législative fédérale en matière de droit criminel.

[82] Le procureur général du Québec paraît prétendre que l'*ampleur* de la réglementation et sa *non-publication* distinguent la présente espèce d'affaires comme *RJR-MacDonald* et *Renvoi sur les armes à feu* dans lesquelles le régime de réglementation en cause a été validé au regard du droit criminel.

[83] Je me penche d'abord sur le fait que les règlements n'ont pas encore été publiés. Je vois mal comment cette lacune pourrait soustraire un régime par ailleurs valide au pouvoir fédéral de légiférer en matière de droit criminel. On laisse entendre qu'une fois publiés, les règlements dépouilleront la province de sa compétence à l'égard des hôpitaux et de la profession médicale.

[84] Or, le présent pourvoi porte sur la validité de la Loi, et non des règlements. Lorsque des dispositions réglementaires ont été adoptées, il peut être opportun de s'assurer qu'elles respectent la véritable intention du législateur (voir, p. ex., *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152, par. 35, la juge Deschamps). Cependant, à défaut de règlements, la seule question à trancher est celle de savoir si les dispositions sur les « activités réglementées » résultent d'un exercice légitime de la compétence législative du Parlement. Tout règlement pris en vertu de la loi habilitante n'est valide que s'il contribue à la réalisation d'un objectif légitime du droit criminel et il peut être contesté lorsque ce n'est pas le cas.

[85] This brings us to the extent of the regulatory scheme. The first point is that the extent or comprehensiveness of a criminal law regulatory scheme does not affect its constitutionality. Provided a regulatory scheme reflects and furthers proper criminal law goals, it remains securely anchored in the federal criminal law power. Extensive and comprehensive regulatory schemes were found to be valid criminal law in *RJR-MacDonald* and the *Firearms Reference*.

[86] The Attorney General of Quebec's real point appears to be that the regulatory scheme imposed by ss. 8 to 13 is of such magnitude that medical and research regulation becomes the dominant character, or pith and substance, of these provisions, notwithstanding the criminal prohibitions they purport to create.

[87] This argument, to the extent it gains any traction, requires that the prohibitions in ss. 8 to 13 be viewed in isolation from the rest of the Act (and it ignores the fact that s. 9 is truly an absolute prohibition like ss. 5 to 7, without any accompanying regulations). The Attorney General of Quebec sees these prohibitions as a stand-alone regulatory scheme divorced from ss. 5 to 7, which are conceded to be valid criminal laws. I agree with the Attorney General of Quebec that the proper approach is to rigorously scrutinize what each provision says and does. But it must be scrutiny in context, which takes into account the relationship between the absolute and selective prohibitions, as well as the other provisions of the Act.

[88] Viewed in the context of the legislative scheme as a whole, the dominant character of the prohibitions in ss. 5 to 7 is to criminalize conduct that Parliament has found to be fundamentally immoral, a public health evil, a threat to personal security, or some combination of these factors. A detailed examination of ss. 8 to 13 supports the conclusion that, like ss. 5 to 7, these provisions contain a prohibition, backed by a penalty, and are

[85] Passons maintenant à l'ampleur du régime de réglementation. Premièrement, l'ampleur ou l'exhaustivité d'un régime de réglementation de nature criminelle n'a aucune incidence sur sa constitutionnalité. Pourvu qu'il ait des objectifs légitimes en droit criminel et qu'il les promeuve, il demeure fermement arrimé au pouvoir fédéral de légiférer en matière de droit criminel. Des régimes de réglementation détaillés et exhaustifs ont été jugés valides au regard du droit criminel dans *RJR-MacDonald* et *Renvoi sur les armes à feu*.

[86] Le procureur général du Québec paraît en fait soutenir que le régime de réglementation établi aux art. 8 à 13 a une telle ampleur que réglementer la médecine et la recherche devient le caractère principal ou véritable de ces dispositions, malgré les interdictions qu'elles créent et qui ressortissent au droit criminel.

[87] Cet argument, dans la mesure où il emporte quelque adhésion, exige que l'on considère les interdictions faites aux art. 8 à 13 isolément du reste de la Loi (et il fait abstraction de ce que l'art. 9 constitue véritablement une interdiction absolue à l'instar des art. 5 à 7 et qu'il ne s'accompagne d'aucun règlement). Le procureur général du Québec assimile ces interdictions à un régime de réglementation indépendant dissocié des art. 5 à 7, dont il reconnaît qu'ils constituent des règles de droit criminel valides. Je conviens avec lui que la démarche appropriée consiste à examiner minutieusement le libellé et l'effet de chacune des dispositions. Or, cet examen doit se faire dans un contexte qui tient compte de l'interaction entre les interdictions absolues et sélectives, ainsi que des autres dispositions de la Loi.

[88] À la lumière du régime législatif dans son ensemble, le caractère principal des interdictions prévues aux art. 5 à 7 réside dans la criminalisation d'activités qui sont tenues pour foncièrement immorales, qui constituent un mal pour la santé publique ou qui compromettent la sécurité des personnes, ou encore, qui satisfont à plusieurs de ces conditions. L'examen approfondi des art. 8 à 13 permet de conclure que, tout comme les art. 5 à 7,

directed in pith and substance to valid criminal law goals. I consider each section in turn.

(1) Section 8

[89] Section 8 prohibits the use of reproductive material for the artificial creation of embryos, unless the donor has consented in accordance with the regulations: *Assisted Human Reproduction (Section 8 Consent) Regulations*, SOR/2007-137 (June 14, 2007). It is backed by penalties, specified in s. 60 of the Act.

[90] Section 8 is grounded in valid criminal law purposes. As the Baird Report put it, “gamete donors . . . have a unique moral interest in the use of their genetic material” (p. 639). This morality interest stems from the danger that reproductive material may be used against a donor’s will to create a human being, as well as from the possibility that an embryo, donated with the intent of creating a human being, could be used for different purposes, such as research. At the heart of s. 8 lies the fundamental importance that we ascribe to human autonomy. The combination of the embryo’s moral status and the individual’s interest in his or her own genetic material justify the incursion of the criminal law into the field of consent. There is a consensus in society that the consensual use of reproductive material implicates fundamental notions of morality. This confirms that s. 8 is valid criminal law.

(2) Section 9

[91] Section 9 prohibits a person from obtaining sperm or ova from donors under 18 years of age, except for the purpose of preserving the sperm or ovum or for the purpose of creating a human being that the person reasonably believes will be raised by the donor. This is an absolute prohibition, and it takes the same form as the prohibitions in ss. 5 to 7, which are conceded to be valid criminal law. Like s. 8, it is backed by penalties set out in s. 60. The only question is whether it is grounded in a valid criminal law purpose.

ils renferment une interdiction, appuyée par une sanction, et qu’ils sont véritablement axés sur la réalisation d’objectifs légitimes du droit criminel. J’examine successivement chacun des articles.

(1) L’article 8

[89] L’article 8 interdit l’utilisation de matériel reproductif pour créer artificiellement un embryon, sauf lorsque le donneur y consent conformément aux règlements : *Règlement sur la procréation assistée (article 8 de la Loi)*, DORS/2007-137 (14 juin 2007). Son non-respect expose le contrevenant aux peines prévues à l’art. 60 de la Loi.

[90] L’article 8 a pour fondement de véritables objets de droit criminel. Comme le dit le Rapport Baird, les « donneurs de gamètes [. . .] ont un intérêt moral unique dans l’utilisation de leur matériel génétique » (p. 721). Cet intérêt moral tient au risque que le matériel reproductif soit utilisé contre le gré du donneur pour créer un être humain, ainsi qu’à la possibilité qu’un embryon donné aux fins de créer un être humain serve à autre chose, notamment à la recherche. Fondièrement, l’art. 8 traduit l’importance fondamentale que nous accordons à l’autonomie de la personne. Ensemble, la valeur morale de l’embryon et le droit de chacun sur son propre matériel génétique justifient l’immixtion du droit criminel dans la sphère du consentement. La société convient que l’emploi consensuel de matériel reproductif fait intervenir des notions morales fondamentales, ce qui confirme la validité de l’art. 8 au regard du droit criminel.

(2) L’article 9

[91] L’article 9 interdit l’obtention d’un ovule ou d’un spermatozoïde d’une personne de moins de 18 ans, sauf pour le conserver ou pour créer un être humain dont on est fondé à croire qu’il sera élevé par le donneur. L’interdiction est absolue et revêt la même forme que celles figurant aux art. 5 à 7, dont il est reconnu qu’elles constituent des règles de droit criminel valides. Comme pour l’art. 8, le contrevenant s’expose aux peines prévues à l’art. 60. Il faut seulement déterminer si la disposition prend appui ou non sur un véritable objet de droit criminel.

[92] The Attorney General of Canada argues that the purpose of s. 9 is to protect vulnerable youth from exploitation and undue pressure to donate reproductive material for the benefit of third parties. The protection of vulnerable groups is a long-standing concern of the criminal law: *Malmo-Levine*, at para. 76; *Morgentaler v. The Queen*. Coupled with the moral interest in controlling the use of one's genetic material, this places the s. 9 prohibition securely within the scope of the criminal law.

(3) Section 10

[93] Section 10 prohibits altering, manipulating, treating, obtaining, storing, transferring, destroying, importing or exporting human reproductive material or *in vitro* embryos for certain purposes, unless these activities are performed in accordance with the regulations and a licence. The prohibition is backed by penalties set out in s. 61. In essence, s. 10 prohibits dealing with human reproductive material without a licence.

[94] The Attorney General of Quebec's first objection to s. 10 is that it sets up a scheme supported by yet-to-be-pronounced regulations. It argues that when the regulations are eventually promulgated, they will seize control of areas falling under provincial jurisdiction, namely, hospitals and the medical profession.

[95] The Attorney General of Quebec's concern is understandable in light of the broad wording of the section. Section 10 of the Act is the most problematic of the impugned provisions. By prohibiting all the listed medical procedures unless they are performed by a licence holder in compliance with regulations, this section allows for federal oversight of research and medical practice. The ultimate impact of the provision will be determined by the future regulations. If the federal government were to implement regulations enacting a complete code of conduct for doctors, and regulating every component of the delivery of fertility services, the regulations would be *ultra vires*. However, as noted above, a finding that s. 10 is *intra vires*

[92] Le procureur général du Canada prétend que la raison d'être de l'art. 9 est de protéger les mineurs vulnérables contre l'exploitation et l'incitation pressante à faire don de matériel reproductif au bénéfice de tiers. La protection de personnes vulnérables est un souci de longue date du droit criminel : arrêts *Malmo-Levine*, par. 76, et *Morgentaler c. La Reine*. Si on y ajoute l'intérêt moral qu'il y a à réglementer l'utilisation du matériel génétique d'une personne, l'interdiction faite à l'art. 9 se situe parfaitement à l'intérieur des limites du droit criminel.

(3) L'article 10

[93] L'article 10 interdit la modification, la manipulation, le traitement, l'obtention, la conservation, la cession, l'élimination, l'importation et l'exportation de matériel reproductif humain ou d'un embryon *in vitro* à certaines fins, sauf en conformité avec les règlements et avec une autorisation. Le contrevenant s'expose aux peines prévues à l'art. 61. La disposition interdit essentiellement toute activité liée au matériel reproductif humain, sauf autorisation préalable.

[94] Le procureur général du Québec conteste en premier lieu l'art. 10 au motif qu'il établit un régime prenant appui sur des règlements non encore adoptés. Il fait valoir que le jour où ils seront promulgués, les règlements régiront des domaines de compétence provinciale, à savoir la gestion des hôpitaux et l'exercice de la médecine.

[95] On comprend l'inquiétude du procureur général du Québec au vu du libellé général employé. L'article 10 est la disposition qui pose le plus problème parmi celles contestées. Comme il interdit les actes médicaux énumérés sauf s'ils sont accomplis par le titulaire d'une autorisation conformément aux règlements, il confère au fédéral un droit de regard sur la recherche et la pratique médicales. Ce sont les règlements ultérieurs qui détermineront son incidence ultime. Si leur adoption équivaut à codifier exhaustivement l'exercice de la médecine et à réglementer chacun des aspects de la prestation de services d'aide à la procréation, les règlements seront *ultra vires*. Toutefois, je le rappelle, si l'art. 10 est jugé *intra vires*, les règlements

would not mean that the future regulations promulgated under this section will necessarily be valid as well. Should future regulations go too far, they will be *ultra vires*. The only question before us now is whether s. 10 itself falls under the criminal law power.

[96] The Attorney General of Quebec's second objection to s. 10 is that its dominant purpose, or pith and substance, is the regulation of hospitals and medical practice and research, which come within the province's jurisdiction over health. Against this, the Attorney General of Canada argues that the criminal law purpose underlying s. 10 is "a mix of concerns about health protection, morality and ethics" (Factum, at para. 88), and thus serves valid criminal law purposes. The Attorney General of Canada contends that licensing is the only means of identifying where suspect practices are performed, and by whom. In turn, the regulations introduced under s. 10 provide a flexible means with which to carve out those aspects of genetic manipulation that are unacceptable from the perspective of morality, health, or security. Working together, licensing and regulation provide for enforceable, tailored prohibitions, which leave the provinces free to regulate the beneficial aspects of genetic manipulation.

[97] The Attorney General of Canada identifies a number of health risks that it seeks to target with s. 10. Sperm and ova from infected donors pose grave risks to the health of both the women who receive them and the resulting offspring. Retrieval of ova may cause serious health problems for women, as the process uses drugs that can induce ovarian hyperstimulation syndrome, a potentially dangerous condition. Multiple pregnancies, a common outcome of assisted reproduction, may pose health risks to women (high blood pressure, kidney trouble and difficult delivery) and to resulting offspring (cerebral palsy, poor eyesight and breathing problems). Additionally, the Baird Commission found that alterations to the genetic material of embryos, either for therapeutic reasons or to enhance certain

pris ultérieurement sous son régime ne le seront pas eux aussi pour autant : s'ils vont trop loin, ils seront *ultra vires*. La seule question qu'il nous faut aujourd'hui trancher est celle de savoir si l'art. 10 relève du pouvoir de légiférer en droit criminel.

[96] En second lieu, le procureur général du Québec conteste l'art. 10 au motif que son principal objet ou sa caractéristique véritable est la réglementation des hôpitaux ainsi que de la pratique et de la recherche médicales, ce qui empiète sur la compétence de la province en matière de santé. Le procureur général du Canada rétorque que l'objet de droit criminel qui sous-tend l'art. 10 est « un amalgame de préoccupations liées à la protection de la santé, à la moralité et à l'éthique » (mémoire, par. 88), de sorte que la disposition a des objectifs légitimes en droit criminel. Il fait valoir que l'autorisation est le seul moyen permettant de déterminer le lieu où se déroulent des pratiques suspectes et l'identité de leurs auteurs. Pour leur part, les règlements visés à l'art. 10 offrent un moyen souple d'écartier les facettes de la manipulation génétique qui sont inacceptables du point de vue de la morale, de la santé ou de la sécurité. Ensemble, autorisation et réglementation circonscrivent le régime d'interdiction et le rendent susceptible d'application, ce qui laisse aux provinces le loisir de régler les aspects bénéfiques de la manipulation génétique.

[97] Le procureur général du Canada relève un certain nombre de risques sanitaires que vise à contrer l'art. 10. Les spermatozoïdes et les ovules de donneurs contaminés présentent des risques graves pour la santé des femmes qui les reçoivent et des enfants conçus. Le prélèvement d'un ovule peut compromettre gravement la santé de la femme, car on emploie alors des médicaments susceptibles de provoquer le syndrome d'hyperstimulation ovarienne, une complication potentiellement dangereuse. Les grossesses multiples, auxquelles donne souvent lieu la procréation assistée, peuvent aussi compromettre la santé des femmes (hypertension artérielle, problèmes rénaux et accouchement difficile) et celle des enfants conçus (paralysie cérébrale, troubles de la vue et problèmes

physical characteristics, puts offspring at an elevated risk of developing deformities, functional disturbances, and cancer (Baird Report, at p. 943). Conduct that creates a serious risk of these problems arguably rises to the level of a public health evil, and Parliament is entitled to criminalize it.

[98] The health aspects of s. 10 are buttressed by morality concerns. The Attorney General of Canada argues that the alteration, manipulation and treatment of human reproductive material is a quintessential moral concern capable of grounding criminal law, as attested by the historic treatment of contraception and abortion (see, e.g., *Criminal Code*, 1892, S.C. 1892, c. 29, ss. 179, 271 and 272; *Criminal Code*, R.S.C. 1906, c. 146, and *Criminal Code*, R.S.C. 1927, c. 36, ss. 207, 303 and 306; *Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51, ss. 150 and 237). Social mores have changed over time on these issues, but that is not the point. The point is simply that s. 10 touches on important moral concerns that have long been held to fall within the s. 91(27) criminal law power. These concerns have not disappeared. If anything, the new reproductive technologies have complicated and magnified them, underscoring the moral concern that Parliament apprehended.

[99] Conception no longer occurs by necessity within a woman's body, but may, through *in vitro* fertilization technologies, take place outside of it. Life, traditionally "created" by sexual reproduction, may now be created by the asexual replication technique of cloning. The genetic make-up of offspring, once determined by the natural process of DNA recombination, may now be artificially altered through genetic manipulation and germ cell line intervention. And the sex of a child may be determined at early stages of development, creating attendant moral concerns (see, e.g., M. Somerville, "Reprogenetics: Unprecedented Challenges to

respiratoires). En outre, la Commission Baird conclut que la modification génétique d'embryons, dans un but thérapeutique ou d'amélioration de caractéristiques physiques, expose l'enfant à naître à un grand risque de difformités, de troubles fonctionnels et de cancer (Rapport Baird, p. 1068). On peut soutenir que l'activité qui risque sérieusement de causer de tels préjudices constitue un mal pour la santé publique et que le Parlement peut la criminaliser.

[98] Le volet sanitaire de l'art. 10 prend appui sur des préoccupations d'ordre moral. Le procureur général du Canada soutient que la modification, la manipulation et le traitement du matériel reproductif humain suscitent des inquiétudes morales parfaitement susceptibles de fonder une règle de droit criminel, comme le confirme le sort réservé historiquement à la contraception et à l'avortement (voir, p. ex., *Code criminel*, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 179, 271 et 272; *Code criminel*, S.R.C. 1906, ch. 146, et *Code criminel*, S.R.C. 1927, ch. 36, art. 207, 303 et 306; *Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 150 et 237). Les mœurs ont certes évolué en la matière, mais là n'est pas la question. L'article 10 touche simplement à des préoccupations morales importantes dont on estime depuis longtemps qu'elles ressortissent au pouvoir de légiférer en matière de droit criminel conféré au par. 91(27). Ces préoccupations existent toujours. Il se peut même que les nouvelles techniques de procréation les aient compliquées et amplifiées, ajoutant aux inquiétudes morales pressenties par le Parlement.

[99] La conception ne se produit plus nécessairement à l'intérieur du corps de la femme, mais peut, grâce aux techniques de fécondation *in vitro*, intervenir en dehors du corps féminin. Longtemps « créée » par la reproduction sexuée, la vie peut aujourd'hui être le fruit de la technique de reproduction asexuée qu'est le clonage. La constitution génétique de l'enfant, longtemps déterminée par le processus naturel de recombinaison de l'ADN, peut désormais être modifiée artificiellement par voie de manipulation génétique et d'intervention sur les cellules germinales. Le sexe de l'enfant peut en outre être déterminé dès les premières étapes

Respect for Human Life” (2005), 38 *Law/Tech. J.* 1).

[100] These developments raise the prospect of novel harms to society, as the Baird Report amply documents. The “commodification of women and children” (p. 718); sex-selective abortions (p. 896); cross-species hybrids; ectogenesis with the potential to “dehumanize motherhood”; “baby farms” (p. 637); saviour siblings (a child whose primary purpose is to cure another child suffering from a genetic disorder); devaluation of persons with disabilities; discrimination based on ethnicity or genetic status (p. 28); and exploitation of the vulnerable — these are but some of the moral concerns raised in the Report. While the ethical acceptability of these techniques is, of course, debatable (see, e.g., S. Sheldon and S. Wilkinson, “Should selecting saviour siblings be banned?” (2004), 30 *J. Med. Ethics* 533), it cannot be seriously questioned that Parliament is able to prohibit or regulate them.

[101] Had Parliament wished to prohibit absolutely the practices targeted in s. 10 — the altering, manipulation and treatment of human reproductive material — it could have done so (see, e.g., *Report of the Departmental Committee on Human Artificial Insemination* (1960), in which the Scottish Home Department concluded against criminalization, but only for practical reasons: paras. 259-63). The imposition of a selective, rather than an absolute prohibition reflects the fact that some uses of human reproductive material may be beneficial. Acting under s. 10, the executive may prohibit reprehensible conduct, while leaving the positive aspects of assisted reproduction untouched. This does not mean that s. 10 of the Act may be characterized as a law in relation to these exceptions. Rather, the main thrust of s. 10 is to separate the moral and beneficial from the immoral and harmful, and to prohibit the latter.

du développement, ce qui suscite d’autres inquiétudes sur le plan moral (voir, p. ex., M. Somerville, « Reprogenetics : Unprecedented Challenges to Respect for Human Life » (2005), 38 *Law/Tech. J.* 1).

[100] Ces avancées font craindre des préjudices sociaux nouveaux, ce qu’étaye amplement le Rapport Baird. La « chosification » des femmes et des enfants (p. 810), l’avortement sélectif selon le sexe (p. 1015), la formation d’hybrides interspécifiques, l’ectogénèse susceptible de « déhumanis[er] la maternité », les « usines à bébés » (p. 719), les enfants-donneurs (dont la principale raison d’être est de guérir un autre enfant atteint d’une maladie génétique), la dévalorisation des personnes atteintes de déficience, la discrimination fondée sur l’origine ethnique ou le bagage génétique (p. 33) et l’exploitation des personnes vulnérables ne sont que quelques-uns des éléments de préoccupation morale mentionnés dans le rapport. Bien que l’acceptabilité éthique des techniques soit évidemment discutable (voir, p. ex., S. Sheldon et S. Wilkinson, « Should selecting saviour siblings be banned? » (2004), 30 *J. Med. Ethics* 533), on ne peut sérieusement mettre en doute la faculté du Parlement de les interdire ou de les réglementer.

[101] S’il l’avait voulu, le Parlement aurait pu frapper d’interdiction absolue les pratiques visées à l’art. 10 — la modification, la manipulation et le traitement du matériel reproductif humain (voir, p. ex., *Report of the Departmental Committee on Human Artificial Insemination* (1960), dans lequel le ministère écossais responsable se prononce contre la criminalisation, mais seulement pour des raisons d’ordre pratique : par. 259-263). Le recours à une interdiction sélective plutôt qu’absolue tient au fait que certaines utilisations du matériel reproductif humain peuvent être bénéfiques. L’article 10 permet à l’exécutif d’interdire l’activité répréhensible tout en préservant les avantages de la procréation assistée. On ne saurait pour autant y voir une règle de droit régissant ces exceptions. Au contraire, la disposition vise essentiellement à distinguer ce qui est moral et bénéfique de ce qui est immoral et préjudiciable, et à interdire le second.

[102] Section 10 must also be read in light of s. 68 of the Act, which lifts the application of the federal law in any province “if the Minister and the government of that province agree in writing that there are law [*sic*] of the province in force that are equivalent to those sections and the corresponding provisions of the regulations”. This provision suggests that Parliament’s object when enacting s. 10 was to establish “minimum federal safety and ethical standards” for fertility services, while leaving the provinces in charge of regulating and monitoring the medical profession (Expert Report by F. Baylis (August 2006), A.R., at p. 7000). Parliament has adopted a form of legislation akin to the *Canadian Environmental Protection Act*, R.S.C. 1985, c. 16 (4th Supp.), upheld in *Hydro-Québec*: it established the licensing and regulation scheme itself, but also established an arrangement whereby similar or identical provincial regulations could govern (s. 68 of the *Assisted Human Reproduction Act* and s. 34(6) of the *Canadian Environmental Protection Act*). As stated by La Forest J. when reviewing the *Canadian Environmental Protection Act* in *Hydro-Québec*, “in enacting the legislation in issue here, Parliament was alive to the need for cooperation and coordination between the federal and provincial authorities. . . . In particular, . . . Parliament has made it clear that the provisions of this Part are not to apply where a matter is otherwise regulated under other equivalent federal or provincial legislation” (para. 153).

[103] The Attorney General of Quebec submits that, rather than establishing the regulations itself and allowing equivalent provincial rules to govern, Parliament should have prohibited all fertility treatments [TRANSLATION] “unless they were regulated properly, and specifically, by the provinces” (transcript, at p. 39). The Attorney General of Quebec approves of the approach used in the criminal regulation of lotteries, which prohibits lotteries unless they are conducted in accordance with provincial regulations (s. 207(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46; *Furtney*; *Siemens v. Manitoba*

[102] L’article 10 doit aussi être interprété à la lumière de l’art. 68 de la Loi, qui rend la loi fédérale inapplicable dans une province « lorsque le ministre et le gouvernement provincial sont convenus par écrit qu’il existe, dans la législation provinciale en vigueur, des dispositions équivalentes à celles [des] articles et [des] règlements [fédéraux] ». Le texte de la disposition donne à penser que l’adoption de l’art. 10 visait à assujettir les services d’aide à la procréation à [TRADUCTION] « des normes fédérales de sûreté et d’éthique minimales » et à laisser aux provinces le soin de réglementer et de contrôler l’exercice de la médecine (rapport d’expert, F. Baylis, août 2006, d.a., p. 7000). Le type de loi retenu par le Parlement s’apparente à celui de la *Loi canadienne sur la protection de l’environnement*, L.R.C. 1985, ch. 16 (4<sup>e</sup> suppl.) — jugée valide dans l’arrêt *Hydro-Québec* —, qui établit elle-même le régime d’autorisation et de réglementation, mais qui prévoit l’application possible d’une réglementation provinciale équivalente (art. 68 de la *Loi sur la procréation assistée* et par. 34(6) de la *Loi canadienne sur la protection de l’environnement*). Comme le dit le juge La Forest au sujet de cette dernière loi dans l’arrêt *Hydro-Québec*, « en adoptant la loi en question dans la présente affaire, le Parlement était conscient du besoin de coopération et de coordination entre les autorités fédérales et provinciales. [. . .] Plus particulièrement, [. . .] le Parlement a précisé que les dispositions de cette partie ne doivent pas s’appliquer lorsqu’une matière est, par ailleurs, réglementée en vertu d’une autre loi fédérale ou provinciale équivalente » (par. 153).

[103] Le procureur général du Québec prétend qu’au lieu d’établir la réglementation lui-même et de permettre que des règles provinciales équivalentes s’appliquent, le Parlement aurait dû interdire tout traitement contre la stérilité « sauf si encadré comme il faut et spécifiquement par les provinces » (transcription, p. 39). Il approuve le mode de réglementation pénale des loteries, à savoir leur interdiction sauf respect des règlements provinciaux (al. 207(1)(a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46; *Furtney*; *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, 2003 CSC 3, [2003] 1 R.C.S. 6, par. 35).

(*Attorney General*), 2003 SCC 3, [2003] 1 S.C.R. 6, at para. 35). Parliament establishes certain requirements for these provincial lottery schemes, but does not enforce the regulations itself. As noted by the Attorney General of Quebec, adopting this form of legislation in the *Assisted Human Reproduction Act* would result in a prohibition of fertility services in the provinces that have not enacted the minimum standards required by Parliament. It would also result in temporary prohibitions every time the federal government identifies a new concern requiring new regulations.

[104] I cannot accept that if Parliament wishes to prevent the problematic outcomes of otherwise beneficial medical treatments, it must prohibit the treatment until the provinces are able to act. Parliament came to the conclusion that it would be inappropriate to prohibit all fertility treatments in a province that had not yet adopted sufficient oversight. It was willing to do so in the case of gambling, but in the context of medical treatments, such an absolute ban would have imposed major hardships on individuals. Further, the form of legislation adopted in this case reflects the fact that assisted reproduction is a developing field, and that Parliament may need to enact further regulations to meet newly discovered criminal concerns. This is not the case for gambling. By regulating fertility services itself, in conjunction with s. 68, Parliament allows the enjoyment of the beneficial aspects of fertility treatments in the interim between the promulgation of new federal regulations and the adoption of similar rules by the provinces. Section 68 is only relevant to my analysis because it confirms that Parliament had a valid criminal law purpose for enacting s. 10. Equivalency provisions would not save federal laws that are *ultra vires*.

[105] I conclude that s. 10 is valid criminal legislation.

Le Parlement soumet à certaines exigences les loteries provinciales, mais il ne fait pas respecter lui-même la réglementation. Le procureur général du Québec signale qu'adopter pareille démarche dans la *Loi sur la procréation assistée* reviendrait à interdire les services d'aide à la procréation dans les provinces qui n'ont pas établi les normes minimales prescrites par le Parlement. Il en résulterait également une interdiction temporaire chaque fois que le gouvernement fédéral estime qu'une inquiétude justifie une nouvelle mesure réglementaire.

[104] Je ne peux convenir que pour faire obstacle aux conséquences néfastes de traitements médicaux par ailleurs bénéfiques, le Parlement doive interdire les traitements jusqu'à ce que les provinces soient en mesure de les réglementer. Le Parlement est arrivé à la conclusion qu'il n'était pas souhaitable d'interdire tout traitement contre la stérilité dans une province qui n'est pas encore dotée d'un mécanisme de surveillance adéquat. Il était disposé à recourir à l'interdiction totale pour le jeu, mais dans le cas de traitements médicaux, elle aurait causé aux individus des difficultés considérables. En outre, le type de loi adoptée en l'occurrence tient compte du fait que la procréation assistée est un domaine en plein essor et que le Parlement pourrait devoir prendre d'autres règlements pour répondre à de nouvelles inquiétudes ressortissant au droit criminel. Ces considérations n'existent pas dans le cas du jeu. La réglementation fédérale des services d'aide à la procréation, de pair avec l'art. 68 de la Loi, permet de profiter des aspects bénéfiques des traitements contre la stérilité entre la promulgation des nouveaux règlements fédéraux et l'adoption des règles provinciales équivalentes. Mon analyse renvoie à l'art. 68 seulement pour confirmer qu'en adoptant l'art. 10, le Parlement avait un objectif légitime en droit criminel. Les dispositions sur les accords d'équivalence ne sauraient sauvegarder des dispositions fédérales *ultra vires*.

[105] J'arrive à la conclusion que l'art. 10 est une règle de droit criminel valide.

(4) Section 11

[106] Section 11 prohibits a person from combining the human genome with the genomes of other species — transgenic engineering — unless permitted by regulations and licence. Like s. 10, it is a prohibition backed by penalties, set out in s. 61.

[107] Again, the question is whether the prohibition is grounded in a valid criminal law purpose. The Attorney General of Canada argues that transgenic science “could result in a combination of genes that would make it possible to create an entity with both human and animal characteristics” (Factum, at para. 73). This, it argues, has “profound ethical and moral implications . . . for our idea of what a human being is and the integrity of intrinsic human characteristics” (*ibid.*). Transgenic science has been associated with other harmful techniques of assisted reproduction, such as human cloning and the commodification of reproductive materials (see, e.g., A. Campbell, “Defining a Policy Rationale for the Criminal Regulation of Reproductive Technologies” (2002), 11 *Health L. Rev.* 26). These risks support the use of the criminal law to control transgenic research.

[108] In essence, s. 11 uses a selective prohibition to broaden the absolute prohibitions in s. 5(1)(h), (i) and (j) on the creation of chimeras and hybrid entities. Section 11 recognizes that mixing human and non-human genetic material can raise moral concerns long before such experiments result in the creation of a new life form. The Attorney General of Quebec accepts that Parliament has a valid moral interest in banning the harms caught by s. 5(1)(h), (i) and (j). It is difficult to argue that s. 11’s broader focus on transgenic manipulation does not invoke the same moral concerns.

[109] I conclude that s. 11 is valid criminal law.

(4) L’article 11

[106] L’article 11 interdit de combiner le génome humain avec celui d’une autre espèce — la transgénèse —, sauf en conformité avec les règlements et avec une autorisation. Comme pour l’art. 10, le contrevenant est passible des peines prévues à l’art. 61.

[107] À nouveau, il faut se demander si l’interdiction a pour fondement un véritable objet de droit criminel. Le procureur général du Canada soutient qu’« il demeure possible [que la science transgénétique] débouche sur une combinaison de gènes qui permettrait d’envisager la création d’une entité présentant des traits à la fois humains et animaux » (mémoire, par. 73), ce qui, ajoute-t-il, pourrait avoir de « profondes implications éthiques et morales liées [. . .] à l’idée que nous nous faisons de l’être humain et à l’intégrité de ses caractéristiques intrinsèques » (*ibid.*). La science transgénétique a été associée à d’autres techniques préjudiciables de procréation assistée, comme le clonage humain et la chosification du matériel reproductif (voir, p. ex., A. Campbell, « Defining a Policy Rationale for the Criminal Regulation of Reproductive Technologies » (2002), 11 *Health L. Rev.* 26). Ces risques justifient le recours au droit criminel pour encadrer la recherche transgénétique.

[108] Essentiellement, l’art. 11 recourt à une interdiction sélective afin d’accroître la portée des interdictions absolues que prévoient les al. 5(1)(h), (i) et (j) et qui frappent la création de chimères et d’hybrides. Il reconnaît que la combinaison de matériel génétique humain et non humain peut susciter des préoccupations morales bien avant qu’une telle expérience aboutisse à la création d’une nouvelle forme de vie. Le procureur général du Québec concède que le Parlement a un intérêt moral légitime dans l’interdiction des actes visés aux al. 5(1)(h), (i) et (j) eu égard aux préjudices susceptibles d’en découler. On peut difficilement soutenir que la manipulation transgénétique, visée plus généralement à l’art. 11, ne fait pas intervenir les mêmes préoccupations morales.

[109] Je conclus que l’art. 11 constitue une règle de droit criminel valide.

(5) Section 12

[110] Section 12 prohibits reimbursing donors for expenditures incurred in the course of donating sperm or ova, for the maintenance or transport of an *in vitro* embryo, or for expenditures incurred by a surrogate mother — except in accordance with the regulations and a licence. The section also prohibits reimbursement for expenditures without receipts, and the reimbursement of surrogate mothers for the loss of work-related income without medical certification that work may pose a risk to her health or that of the embryo. The prohibitions in s. 12 are backed by the penalties in s. 61.

[111] The question is whether s. 12 has a criminal law purpose. Section 12 is complementary to ss. 6 and 7, which are conceded to be valid criminal law. Sections 6 and 7 prohibit the commercialization of reproduction. These prohibitions are based on the Baird Report, which stated: “To allow commercial exchanges of this type [buying and selling embryos, use of financial incentives, etc.] would undermine respect for human life and dignity and lead to the commodification of women and children” (p. 718). Section 12 addresses the related issue of permitted expenses. It seeks to ensure that credited expenses are confined to actual outlays, and do not cross the line into commercialized reproductive activities. This is the line that prohibits that which is considered inappropriate commodification, and permits that which is considered acceptable reimbursement. The act of drawing this line raises fundamental moral questions. Though there are differing views on where the line should be drawn, it is difficult to argue that the criminal law power does not permit Parliament to prohibit that which falls on the wrong side of it.

[112] I conclude that s. 12 is rooted in the same concerns as ss. 6 and 7 and is valid criminal law.

(5) L'article 12

[110] L'article 12 interdit, sauf conformité aux règlements et obtention d'une autorisation, de défrayer un donneur pour le don d'un ovule ou d'un spermatozoïde, de rembourser les frais d'entretien ou de transport d'un embryon *in vitro* ou de rembourser les frais supportés par une mère porteuse. Il interdit également le remboursement de frais qui ne font pas l'objet d'un reçu, ainsi que le dédommagement d'une mère porteuse pour la perte de revenu de travail qu'elle subit, sauf attestation d'un médecin que le travail de l'intéressée constitue un risque pour sa santé ou celle de l'embryon. Le contrevenant s'expose aux peines prévues à l'art. 61.

[111] La question qui se pose est celle de l'existence d'un véritable objet de droit criminel. L'article 12 complète les art. 6 et 7, dont il est admis qu'ils constituent des règles de droit criminel valides. Les articles 6 et 7 interdisent la commercialisation de la procréation. Les interdictions qu'ils prévoient s'appuient sur le Rapport Baird, selon lequel « [a]utoriser des échanges commerciaux de ce genre [l'achat et la vente d'embryons, le recours à des mesures d'incitation financière, etc.] saperait [. . .] le respect de la vie et de la dignité humaines, et mènerait à la chosification des femmes et des enfants » (p. 810). L'article 12 porte sur le sujet connexe des dépenses autorisées et il vise à faire en sorte que seules les dépenses réelles soient remboursées et que les activités de procréation ne soient pas commercialisées. Là se situe la limite au-delà de laquelle le Parlement juge qu'il y a chosification inacceptable et en deçà de laquelle il tient le défraiement pour acceptable. L'emplacement de cette limite soulève des questions morales fondamentales et peut susciter des divergences d'opinions, mais on peut difficilement soutenir que le pouvoir de légiférer en droit criminel ne permet pas au Parlement d'interdire les activités qui se trouvent du mauvais côté de la ligne ainsi tracée.

[112] Je conclus que l'art. 12 se fonde sur les mêmes préoccupations que celles qui sous-tendent les art. 6 et 7 et qu'il constitue une règle de droit criminel valide.

(6) Section 13

[113] Section 13 is an absolute prohibition on the performance of licensed activities in unlicensed premises, backed by a penalty set out in s. 61. The only issue is whether it is grounded in a valid criminal law purpose.

[114] The purpose of s. 13 is to confine activities relating to the artificial production of human life to places which have been licensed to perform such activities. It imposes controls not on what is done, but on where it is done. The mechanism used is licensing, on the basis of yet-to-be-adopted regulations.

[115] On one hand, the Attorney General of Quebec argues that it is for the provinces, not the federal government, to regulate the facilities in which medical procedures are performed. In its view, the establishment of standards for assisted reproduction facilities comes within provincial jurisdiction.

[116] On the other hand, the Attorney General of Canada contends that it is essential to restrict the places in which the practice of assisted reproduction takes place. The Attorney General of Canada explains that s. 13 is aimed at preventing the artificial creation of human life in clandestine laboratories, on shoddy operating tables, and in shuttered basements, where human reproductive material might be imperilled, unhampered by regulatory supervision. It prohibits this and imposes a penalty.

[117] The location where assisted reproduction takes place is important. The facilities must be equipped and staffed to properly care for donors, donees, and delicate life forms produced by artificial means. The suitability of assisted reproduction facilities is vital to avoiding harms related to morality and health. In turn, these facilities must be identified so that they can be subject to inspection and control. As with ss. 10 to 12, licensing provides the only practical means of enacting a prohibition on substandard facilities.

(6) L'article 13

[113] L'article 13 frappe d'une interdiction absolue l'exercice d'une activité autorisée dans un établissement non autorisé. Son non-respect rend possible des peines prévues à l'art. 61. Il faut seulement déterminer s'il a pour assise un véritable objet de droit criminel.

[114] L'article 13 vise à faire en sorte que l'activité liée à la création artificielle de vie humaine ne soit exercée que dans un lieu autorisé. Il réglemente non pas l'activité, mais l'endroit où elle est exercée. Il recourt au mécanisme de l'autorisation, et ce, en fonction de règlements qui seront adoptés.

[115] Le procureur général du Québec prétend que c'est aux provinces, et non au gouvernement fédéral, qu'il appartient de réglementer les établissements dans lesquels sont accomplis des actes médicaux. À son avis, assujettir un établissement de procréation assistée à des normes relève de la compétence provinciale.

[116] Pour sa part, le procureur général du Canada soutient qu'il est essentiel de limiter les lieux dans lesquels on peut recourir aux techniques de procréation assistée. Il explique que l'art. 13 vise à empêcher la création artificielle de la vie humaine dans un laboratoire clandestin, sur une table d'opération improvisée ou dans un sous-sol barricadé, le matériel reproductif humain pouvant y être compromis faute d'encadrement réglementaire. Il l'interdit sous peine de sanction.

[117] Le lieu où se déroule la procréation assistée importe. L'établissement doit être doté d'un matériel et d'un personnel qui permettent de prendre bien soin des donneurs, des receveurs et des formes de vie fragiles créées de manière artificielle. Son caractère approprié est indispensable pour éviter le préjudice moral ou sanitaire. Il faut dès lors l'identifier pour pouvoir y effectuer une inspection ou un contrôle. Comme pour les art. 10 à 12, le régime d'autorisation offre le seul moyen pratique de frapper d'interdiction un établissement inadéquat.

[118] The production of human life in clandestine facilities may well constitute a public health evil. The conduct involved can pose serious health risks to those involved. Inadequate equipment, unsterilized facilities, unqualified staff, inappropriate emergency protocols — all of these factors and more may pose grave risks to the health of donors, mothers, and the future human beings who are the object of the exercise.

[119] These health-related objectives overlap with the moral concern of ensuring that assisted reproduction facilities are subject to supervision. The Baird Report concluded that human reproductive material attracts special moral concerns. These concerns come to the fore in the creation and preservation of life by artificial means. Parliament is entitled to prohibit the performance of assisted reproduction procedures in secret, lest human reproductive material be manipulated and put to purposes that are considered immoral. Parliament is also entitled to prohibit the performance of assisted reproduction procedures in facilities that are unable to appropriately support human life. For example, it would cheapen human life to permit artificially created newborns to die simply because a facility was not equipped to meet their special needs. These prohibitions speak to our fundamental notions of humanity. Consequently, the morality interest validates the use of criminal sanctions to prevent assisted reproduction from being practised in unsuitable venues. In turn, this objective is actualized by way of licensing.

[120] The prohibition on unlicensed facilities does not oust the ability of the provinces to designate the facilities in which assisted reproduction procedures are performed. Section 13 does not confine these activities to any specific facilities. The hospitals and research centres where these procedures take place will be subject to concurrent provincial licensing. Section 13 does not displace this provincial oversight, but merely requires a supplementary federal licence certifying that assisted reproduction processes can be carried out in the

[118] Créer une forme de vie humaine dans un local clandestin peut également constituer un mal pour la santé publique. L'activité en cause peut présenter un risque sanitaire important pour les intéressés. Du matériel inadéquat, des installations non stérilisées, du personnel non compétent, un protocole d'urgence inadéquat et d'autres lacunes peuvent compromettre gravement la santé des donneurs, des mères et des êtres humains qui naîtront.

[119] Ces objectifs liés à la santé chevauchent le souci moral de faire en sorte que les établissements de procréation assistée fassent l'objet d'un encadrement. Le Rapport Baird conclut que des considérations morales particulières s'attachent au matériel reproductif humain. Ces considérations sont au premier plan dans la création et la préservation de la vie par des moyens artificiels. Le Parlement a le pouvoir d'interdire le recours clandestin aux techniques de procréation assistée, de crainte que le matériel reproductif humain soit manipulé et serve à des fins jugées immorales. Il lui est également loisible d'interdire la procréation assistée dans un établissement qui n'est pas conçu pour maintenir convenablement la vie humaine. Par exemple, on dévaloriserait celle-ci en permettant qu'un nouveau-né conçu artificiellement meure pour la seule raison que l'établissement n'est pas doté du matériel nécessaire pour répondre à ses besoins spéciaux. Les interdictions établies à ce chapitre traduisent simplement nos valeurs humaines fondamentales. En conséquence, l'intérêt moral valide le recours aux sanctions pénales pour empêcher le déroulement de la procréation assistée dans des lieux inadéquats, un objectif atteint par la délivrance d'autorisations.

[120] L'interdiction qui frappe les établissements non autorisés n'empêche pas les provinces de désigner les établissements dans lesquels se dérouleront les activités de procréation assistée. En effet, l'art. 13 n'exige pas que celles-ci se déroulent dans un type d'établissement précis. Les hôpitaux et les centres de recherche où elles ont lieu seront soumis à un régime provincial concurrent d'autorisation. L'article 13 n'écarte pas cet encadrement provincial, mais exige seulement une autorisation fédérale supplémentaire attestant que les activités

laboratory or hospital in question. Further, if the province and the federal government reach an equivalency agreement under s. 68, the province alone would issue and enforce licences under s. 13. This prohibition does not seek to usurp the provinces' role in regulating hospitals and research centres, but rather to prevent specific practices from being carried out in unsuitable facilities.

[121] I conclude that s. 13 addresses serious harms both to society and the individuals involved in assisted reproduction procedures. It is valid criminal law.

#### (7) Summary

[122] I conclude that, in pith and substance, the prohibitions in ss. 8 to 13 come within the scope of the federal criminal law power and are valid criminal law. Together with ss. 5 to 7, these provisions form a valid prohibition regime that is consistent with the general pith and substance of the *Assisted Human Reproduction Act* as a whole.

[123] I turn now to the validity of the administration and enforcement provisions in the remainder of the Act.

C. *Are the Administrative Provisions of the Act (Sections 14 to 61 and 65 to 68) Ancillary to the Prohibition Regime in Sections 5 to 13?*

[124] The criminal prohibitions in ss. 5 to 13 are followed by a number of sections that provide for their administration and enforcement. Sections 14 to 19 set up a system of information management. Sections 20 to 39 of the Act establish the Assisted Human Reproduction Agency of Canada. Sections 40 to 59 charge the Agency with administering and enforcing the Act and regulations, and authorize it to issue licences for certain activities related to assisted reproduction. Finally, ss. 60 and 61 provide for penalties, ss. 65 to 67

de procréation assistée peuvent y être exercées. De plus, si la province et le gouvernement fédéral arrivent à un accord d'équivalence sous le régime de l'art. 68, seule la province délivrera des autorisations et les fera respecter en application de l'art. 13. L'interdiction ne vise pas à usurper le rôle des provinces dans la réglementation des hôpitaux et des centres de recherche, mais bien à empêcher que certaines activités se déroulent dans un établissement inadéquat.

[121] J'arrive à la conclusion que l'art. 13 s'attaque à des préjudices importants susceptibles d'être infligés tant à la société qu'aux personnes qui recourent à la procréation assistée ou qui en sont issues. Il s'agit d'une règle de droit criminel valide.

#### (7) Résumé

[122] J'estime que, par leur caractère véritable, les interdictions prévues aux art. 8 à 13 relèvent du pouvoir fédéral de légiférer en matière de droit criminel et qu'il s'agit de règles de droit criminel valides. Avec les art. 5 à 7, ces dispositions constituent un régime d'interdiction valide qui est en adéquation avec le caractère véritable général de la *Loi sur la procréation assistée* dans son ensemble.

[123] J'examine maintenant la validité des dispositions de mise en œuvre et de contrôle d'application que renferme par ailleurs la Loi.

C. *Les dispositions d'application de la Loi (art. 14 à 61 et 65 à 68) sont-elles accessoires au régime d'interdiction (art. 5 à 13)?*

[124] Les interdictions criminelles prévues aux art. 5 à 13 de la Loi sont suivies d'un certain nombre de dispositions de mise en œuvre et de contrôle d'application. Les articles 14 à 19 établissent un système de gestion de l'information. Les articles 20 à 39 créent l'Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée. Les articles 40 à 59 confient à l'Agence la mise en œuvre de la Loi et des règlements et le contrôle de leur application, et ils lui confèrent le pouvoir d'autoriser certaines activités liées à la procréation assistée. Enfin, les

authorize the promulgation of regulations, and s. 68 addresses the equivalency agreements with the provinces.

[125] In pith and substance, many of these provisions do not come within Parliament's criminal law power. However, the Attorney General of Canada argues that these provisions (the "ancillary provisions") support the criminal law prohibitions in ss. 5 to 13 of the Act and are valid under the doctrine of ancillary powers (also known as the ancillary doctrine: see *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494, at para. 45).

[126] The ancillary powers doctrine holds that legislative provisions which, in pith and substance, fall outside the jurisdiction of the government that enacted them, may be upheld on the basis of their connection to a valid legislative scheme. This doctrine addresses the reality in federal states that one level of government will often be unable to legislate effectively on matters within its jurisdiction without trenching on subjects that belong to the other level of government. At the same time, however, the doctrine of ancillary powers seeks to maintain the basic division of federal and provincial powers established by the *Constitution Act, 1867*.

[127] The Court has developed a rational, functional test to describe the required connection, with the caveat that a test of necessity will apply where the encroachment on the jurisdiction of the other level of government is substantial: *General Motors*, at pp. 667-70; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445, at pp. 469-70; *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.* The idea of proportionality underlies the idea of a rational and functional standard for some cases and standard of necessity for others. The more an ancillary provision intrudes on the competency of the other level of government, the higher the threshold for upholding it on the basis of the ancillary powers doctrine. Though this test has been criticized as too dependent on a subjective classification of the severity of the intrusion (see Hogg, at p. 15-43), for

art. 60 et 61 prévoient les peines, les art. 65 à 67 autorisent l'adoption de règlements et l'art. 68 régit les accords d'équivalence avec les provinces.

[125] Par leur caractère véritable, bon nombre de ces dispositions ne relèvent pas de la compétence du Parlement en matière de droit criminel. Cependant, le procureur général du Canada fait valoir que ces dispositions (les « dispositions accessoires ») consolident les interdictions criminelles figurant aux art. 5 à 13 de la Loi et sont valides au regard de la doctrine des pouvoirs accessoires (voir *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494, par. 45).

[126] La doctrine des pouvoirs accessoires tient pour valide la disposition législative qui, par son caractère véritable, échappe à la compétence du gouvernement qui l'a adoptée, mais qui a un lien avec un régime législatif valide. Elle tient compte de la réalité d'un État fédéral où il est souvent impossible à un ordre de gouvernement de légiférer efficacement dans un domaine relevant de sa compétence sans empiéter sur un domaine ressortissant à la compétence de l'autre ordre de gouvernement. Toutefois, elle vise simultanément à préserver la répartition fondamentale des compétences entre le fédéral et les provinces issue de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[127] Notre Cour a établi un critère de rationalité et de fonctionnalité pour définir le lien requis, sous réserve de l'application d'un critère de nécessité lorsque l'empiètement sur la compétence de l'autre ordre de gouvernement est substantiel : *General Motors*, p. 667-670; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445, p. 469-470; *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.* La notion de proportionnalité sous-tend, dans certains cas, l'application d'une norme rationnelle et fonctionnelle, et dans d'autres, celle d'une norme de nécessité. Plus une disposition accessoire empiète sur la compétence de l'autre ordre de gouvernement, plus le critère à satisfaire est strict pour qu'elle puisse être validée sur le fondement de la doctrine des pouvoirs accessoires. D'aucuns estiment que l'application du critère tient indûment à une évaluation

the purposes of this decision it need not be revisited.

[128] In *General Motors*, Dickson C.J. noted a number of factors that would determine the severity of an extrajurisdictional incursion. These factors may be summarized as follows.

[129] The first factor concerns the *scope of the heads of power in play* — whether they are broad or narrow. Dickson C.J. focussed on the head of power that validates the scheme in which the impugned provision appears. Broad heads of power lend themselves to jurisdictional overlap, and are “therefore less likely to give rise to highly intrusive provisions” (*General Motors*, at p. 671). This stands in contrast to narrow heads of power, which are “quite susceptible to having provisions ‘tacked-on’ to legislation which is validated under them” (*ibid.*). Dickson C.J. thus concluded that the intrusion on the powers of the other level of government will usually be less serious where the impugned provision appears in a legislative scheme that is validated under a broad head of power. This logic suggests that it is also important to consider the head of power that the impugned provision is said to infringe. If it intrudes upon a broad head of power, the intrusion will generally be less serious because it does not overwhelm the jurisdiction of the other level of government. Conversely, an intrusion on a narrow legislative competency will be more serious because it threatens to obliterate that head of power.

[130] The second factor concerns *the nature of the impugned provision*. In *General Motors*, Dickson C.J. considered the intrusion on provincial powers less serious because the nature of the impugned provision in that case was remedial. The provision was designed “to help enforce the substantive aspects of the Act, but it [was] not in itself a substantive part of the Act” (p. 673). Dickson C.J. also noted that the incursion on the jurisdiction of the other level of government would be less

subjective de l’importance de l’empiétement (voir Hogg, p. 15-43), mais pour les besoins du pourvoi, point n’est besoin de le soumettre à un réexamen.

[128] Dans l’arrêt *General Motors*, le juge en chef Dickson relève un certain nombre de considérations permettant de déterminer la gravité de l’empiétement sur la compétence de l’autre ressort. En voici le résumé.

[129] La première considération est la *portée des chefs de compétence en jeu*, à savoir si elle est grande ou non. Le juge en chef Dickson met l’accent sur le chef de compétence qui a pour effet de valider le régime dont fait partie la disposition contestée. Les chefs de compétence de grande portée se prêtent au chevauchement et sont « donc peu susceptibles de donner lieu à des dispositions très envahissantes » (*General Motors*, p. 671). À l’opposé, les chefs de compétence dont la portée est limitée sont « très susceptibles de comporter des dispositions qu’on ajoute après coup à la loi pour la valider » (*ibid.*). Le juge en chef Dickson conclut donc que l’empiétement sur les pouvoirs de l’autre ordre de gouvernement est habituellement moins grave lorsque la disposition contestée figure dans un régime législatif qui est validé au regard d’un chef de compétence de grande portée. Ce raisonnement permet de conclure qu’il importe aussi de tenir compte du chef de compétence sur lequel empiéterait la disposition contestée. Lorsqu’il vise une compétence étendue, l’empiétement est généralement moins grave parce qu’il ne balaie pas le pouvoir de l’autre palier de gouvernement. À l’inverse, l’empiétement sur une compétence législative limitée est plus grave en ce qu’il risque de supprimer celle-ci.

[130] La deuxième considération correspond à *la nature de la disposition contestée*. Dans l’arrêt *General Motors*, le juge en chef Dickson estime que l’empiétement sur les pouvoirs provinciaux est rendu moins grave par la nature réparatrice de la disposition contestée. L’objet de la disposition était « de faciliter l’exécution des aspects fondamentaux de la Loi, tout en ne constituant pas en soi une partie fondamentale de la Loi » (p. 673). Le juge en chef Dickson signale par ailleurs que l’empiétement

serious where the impugned provision was limited in scope, and did not create general rights. Another relevant aspect of the nature of the impugned provision is whether it is intended to replace legislation introduced by the other level of government, or merely supplement it. An intrusion will be less serious when the impugned provision is meant to coexist with legislation enacted by the other level of government.

[131] Finally, Dickson C.J. considered whether the impugned provision's enacting body had a *history of legislating on the matter in question*. A history of legislation in the area supports the legitimacy of the impugned provisions and suggests they will not prove unduly intrusive on the other level of government. Thus the enacting body is "not constitutionally precluded" from enacting similar legislation "where such measures may be shown to be warranted" (p. 673). In *General Motors*, it sufficed that Parliament had a history of intruding on provincial jurisdiction by creating rights of civil action. This track record demonstrated that the inclusion of such a right was "not constitutionally fatal" (p. 674).

[132] Dickson C.J.'s list of factors did not purport to be exhaustive, and the assessment of the seriousness of an intrusion must ultimately be grounded in the facts of each case. However, the *General Motors* factors align well with the facts of the present appeal.

[133] Before turning to the question of how seriously the ancillary provisions intrude on provincial jurisdiction, it is useful to describe the nature of the intrusions. Some of the ancillary provisions are criminal in nature and do not significantly intrude on provincial powers. The provisions for enforcement (ss. 45 to 59), promulgation of regulations (ss. 65 to 67), and imposition of penalties (ss. 60 and 61) are essentially part of the criminal prohibitions in ss. 5 to 13. Indeed, many of them are rough analogues to provisions in the *Criminal Code*. The organizational provisions in ss. 20 to 39 are similar in nature. However, other provisions intrude

sur la compétence de l'autre ordre de gouvernement est moins grave lorsque la disposition contestée a une portée restreinte et qu'elle ne crée pas de droits généraux. La nature de la disposition contestée s'entend également de l'intention de remplacer une disposition adoptée par l'autre ordre de gouvernement ou de seulement la compléter. L'empiètement est moins grave lorsque la disposition contestée est censée cohabiter avec la disposition adoptée par l'autre ordre de gouvernement.

[131] Enfin, le juge en chef Dickson se demande si l'autorité législative à l'origine de la disposition contestée a *déjà légiféré dans le domaine en cause*. Dans l'affirmative, la disposition paraît d'autant plus légitime et n'empiéterait pas indûment sur les pouvoirs de l'autre autorité législative. Ainsi, la Constitution « n'empêche pas » l'autorité législative d'adopter des dispositions apparentées « lorsque l'on peut démontrer que ces mesures sont justifiées » (p. 673). Dans l'affaire *General Motors*, il a suffi que le Parlement ait déjà empiété sur la compétence provinciale en créant des droits d'action de nature civile pour que la Cour conclue que la création d'un tel droit n'était « pas fatale sur le plan constitutionnel » (p. 674).

[132] Les considérations énumérées par le juge en chef Dickson ne se voulaient pas exhaustives, et la gravité de l'empiètement doit finalement être déterminée en fonction des faits de chaque espèce. Toutefois, les éléments considérés dans l'arrêt *General Motors* concordent bien avec les faits du présent dossier.

[133] Avant de déterminer à quel point les dispositions accessoires empiètent sur la compétence provinciale, il convient de préciser la nature des empiètements. Certaines des dispositions accessoires sont foncièrement pénales et n'empiètent pas beaucoup sur les pouvoirs provinciaux. Les dispositions sur le contrôle d'application (art. 45 à 59), l'adoption de règlements (art. 65 à 67) et l'imposition de peines (art. 60 et 61) font essentiellement partie des interdictions de nature criminelle prévues aux art. 5 à 13. En effet, bon nombre d'entre elles reprennent à peu de chose près des dispositions du *Code criminel*. Les dispositions à vocation

directly on provincial powers. Of particular significance are the information management provisions in ss. 14 to 19, which define standards of consent and privacy, charge the Agency with managing personal health information, and establish rules for the medical profession. Additionally, the administrative provisions in ss. 40 to 44 endow the Agency with broad powers to grant licences that affect the who, where, when, and how of assisted reproduction.

[134] The question is whether these provisions, taken as a whole, represent a minor incursion on provincial powers, or a substantial one. The first consideration is the scope of the provincial head of power in play. In the present appeal, the ancillary provisions generally fall under the provincial powers over property and civil rights (s. 92(13)) and matters of a merely local or private nature (s. 92(16)). Both of these heads of power are very broad, and they are often seen as sources of residual jurisdiction: see Hogg, at pp. 17-2 and 17-3. The breadth of these heads of power renders the intrusion less serious.

[135] This brings us to the second factor, the nature of the ancillary provisions. None of these provisions purport to create a substantive right. Rather, as explained below, they function merely to assist in enforcing the Act. Without the prohibition regime in ss. 5 to 13, these provisions would serve no purpose; they would establish an agency with nothing to enforce. Consent is obtained, information flows, and privacy is protected — all to ensure the smooth functioning of the criminal prohibitions. Moreover, the ancillary provisions are tailored to a small corner of the vast topography of the provincial power over health: namely, the harmful aspects of assisted human reproduction, insofar as they are specifically targeted by the Act and regulations. The impact of the law on provincial powers is

organisationnelle correspondant aux art. 20 à 39 sont du même acabit. Cependant, d'autres dispositions empiètent directement sur les compétences provinciales. Mentionnons particulièrement celles relatives à la gestion de l'information — les art. 14 à 19 — qui définissent les exigences applicables au consentement et à la protection des renseignements personnels, qui confient à l'Agence la gestion des renseignements personnels médicaux et qui assujettissent à des règles la profession médicale. En outre, les dispositions de mise en œuvre — les art. 40 à 44 — confèrent à l'Agence de larges pouvoirs d'autorisation qui ont une incidence sur les personnes et les lieux en cause dans la procréation assistée, ainsi que les conditions et les modalités de celle-ci.

[134] Il faut se demander si, considérées dans leur ensemble, les dispositions empiètent peu ou beaucoup sur les pouvoirs des provinces. Le premier élément à considérer est la portée des chefs de compétence provinciale en jeu. Dans la présente affaire, les dispositions accessoires ressortissent généralement aux pouvoirs provinciaux sur la propriété et les droits civils (par. 92(13)) et sur les matières d'une nature purement locale ou privée (par. 92(16)). Il s'agit de deux chefs de compétence très vastes, et on estime souvent qu'ils sont à l'origine d'une compétence résiduelle : voir Hogg, p. 17-2 et 17-3. L'étendue de ces chefs de compétence atténue l'empiètement.

[135] Je passe maintenant au deuxième élément : la nature des dispositions accessoires. Aucune de ces dispositions ne crée un droit substantiel. En fait, comme je l'explique ci-après, elles contribuent seulement à l'application de la Loi. Sans le régime d'interdiction des art. 5 à 13, ces dispositions seraient sans objet, car elles mettraient sur pied une agence qui n'aurait rien à faire respecter. L'obtention du consentement, la communication de l'information et la protection des renseignements personnels assurent la bonne application du régime d'interdiction criminelle. Qui plus est, les dispositions accessoires ne visent qu'une infime partie du vaste territoire de la compétence provinciale en matière de santé, à savoir les aspects préjudiciables de la procréation assistée, dans la mesure où

real, but it is confined in a manner consistent with the purpose of the Act. Furthermore, the ancillary provisions are designed to supplement, rather than exclude, provincial legislation. The Act imposes federal rules on the practice of assisted reproduction, but it does not prevent the provinces from regulating this field, especially for the promotion of its beneficial aspects. This conclusion is underscored by the equivalency provision in s. 68, which provides that the Governor in Council may consent to suspending certain portions of the Act and regulations in favour of equivalent provincial laws. The nature of the ancillary provisions points in the direction of a minor intrusion on provincial powers.

[136] Finally, I turn to Parliament's history of legislating in the field occupied by the ancillary provisions. Parliament has long sought to address issues of morality, health, and security. As discussed above, it has also invoked the criminal law power to uphold regulatory schemes. Of particular relevance is Parliament's history of administering and enforcing these statutes, often by way of licensing bodies like the Agency: see *Firearms Reference*; *Hydro-Québec*. These historical comparisons suggest that the ancillary provisions constitute only a minor intrusion on provincial powers.

[137] In light of these factors, I conclude that the ancillary provisions constitute a minor incursion on provincial jurisdiction. Accordingly, the rational and functional connection test should be applied in this case.

[138] The rational and functional connection test assesses the relationship between the ancillary provisions and the otherwise valid legislative scheme in which they appear. The ancillary provisions must support the scheme in a way that is rational in purpose and functional in effect. This means that they must "complement rather than supplement"

ils sont expressément ciblés par la Loi et les règlements. L'incidence de la règle de droit sur les pouvoirs provinciaux est réelle, mais elle est délimitée de manière compatible avec son objet. Au surplus, les dispositions accessoires sont conçues pour compléter la législation provinciale, et non pour l'écarter. La Loi fait en sorte que des règles fédérales régissent les techniques de procréation assistée, mais elle n'empêche pas les provinces de réglementer le domaine, en particulier pour promouvoir ses aspects bénéfiques. L'article 68 sur les accords d'équivalence prévoit d'ailleurs que le gouverneur en conseil peut accepter de suspendre l'application de certaines parties de la Loi et des règlements au bénéfice de dispositions provinciales équivalentes. Il appert de la nature des dispositions accessoires que l'empiètement sur les pouvoirs provinciaux est minime.

[136] Enfin, je me penche sur l'activité législative antérieure du Parlement dans le champ de compétence correspondant aux dispositions accessoires. Ce n'est pas d'hier que le Parlement s'attaque aux domaines de la morale, de la santé et de la sécurité. Il convient de rappeler qu'il a aussi invoqué son pouvoir de légiférer en matière de droit criminel pour faire valider des régimes de réglementation et, plus particulièrement, qu'il a mis en œuvre et contrôlé l'application de telles lois, souvent au moyen d'organismes d'autorisation apparentés à l'Agence : voir *Renvoi sur les armes à feu* et *Hydro-Québec*. On peut donc conclure que les dispositions accessoires n'empiètent que peu sur les pouvoirs provinciaux.

[137] Au vu de ces éléments, j'estime que les dispositions accessoires constituent un empiètement minime sur la compétence provinciale. Dès lors, il convient d'appliquer le critère du lien rationnel et fonctionnel.

[138] Appliquer le critère du lien rationnel et fonctionnel consiste à déterminer la nature de la relation entre les dispositions accessoires et le régime législatif par ailleurs valide qui les renferme. Les dispositions accessoires doivent appuyer le régime d'une manière rationnelle quant à l'objet et fonctionnelle quant à l'effet, en sorte qu'elles doivent

the legislative scheme: *Papp v. Papp*, [1970] 1 O.R. 331 (C.A.), at p. 336. It also means they must be appropriately tailored to fill “gaps” in the legislative scheme that might otherwise lead to inconsistency, uncertainty, or ineffectiveness: *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.* It need not be shown that the scheme would fail without the ancillary provisions; that would be a test of necessity. Rather, the ancillary provisions must themselves perform a function that complements the other provisions in the scheme, and they cannot have been tacked on merely as a matter of convenience.

[139] The rational, functional connection test recognizes the need to protect the supremacy of each level of government in the areas of jurisdiction assigned to it by the *Constitution Act, 1867*. However, it also recognizes that these heads of power are no longer watertight. The complexity of modern legislation will often render it impossible for one level of government to fulfill its constitutional mandate without trespassing on the jurisdiction of the other level. The Court’s endorsement of a flexible, cooperative approach to federalism suggests that this kind of pragmatic lawmaking should be encouraged: see Dickson C.J. in *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at p. 18; *Canadian Western Bank v. Alberta*, at para. 42.

[140] The final question is whether the ancillary provisions are rationally and functionally connected to the valid criminal law provisions in ss. 5 to 13 of the Act.

(1) Sections 14 to 19

[141] The first set of ancillary provisions are ss. 14 to 19, which address access to information. These provisions harness the flow of information, first to deal appropriately with consent and related privacy issues, and second to facilitate compliance with the Act. Both these goals are rationally connected to the scheme in ss. 5 to 13. The only purpose of these information management provisions

[TRADUCTION] « compléter [le régime législatif], et non y ajouter » : *Papp c. Papp*, [1970] 1 O.R. 331 (C.A.), p. 336. Elles doivent aussi être conçues de manière à combler les « lacunes » du régime législatif qui, sinon, pourraient donner lieu à de l’incohérence, de l’incertitude ou de l’inefficacité : *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.* Il n’est pas nécessaire d’établir que, sans les dispositions accessoires, le régime serait voué à l’échec, car il s’agirait alors du critère de la nécessité. Les dispositions accessoires doivent plutôt jouer, comme telles, un rôle de complément aux autres dispositions du régime, et elles ne peuvent avoir été insérées seulement par souci de commodité.

[139] Le critère du lien rationnel et fonctionnel reconnaît la nécessité de préserver la souveraineté de chacun des ordres de gouvernement dans les domaines de compétence qui lui sont attribués dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il reconnaît toutefois par ailleurs que ces chefs de compétence ne sont plus hermétiques. De nos jours, la complexité de l’activité législative empêche souvent un ordre de gouvernement de s’acquitter de son rôle constitutionnel sans empiéter sur la compétence de l’autre ordre. L’adhésion de notre Cour à une conception du fédéralisme à la fois souple et axée sur la coopération permet de conclure qu’il y a lieu d’encourager ce genre d’activité législative pragmatique : voir le juge en chef Dickson dans *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, p. 18; *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, par. 42.

[140] La dernière question à trancher est celle de savoir si les dispositions accessoires ont un lien rationnel et fonctionnel avec les règles de droit criminel valides que sont les art. 5 à 13 de la Loi.

(1) Les articles 14 à 19

[141] La première série de dispositions accessoires correspond aux art. 14 à 19 et porte sur l’accès à l’information. Ces dispositions encadrent la communication de renseignements, d’abord pour régler convenablement la question du consentement et les questions connexes touchant à la protection des renseignements personnels, puis pour faciliter le respect de la Loi. Ces deux objectifs ont un lien

is to further the scheme. Functionally, they fill gaps that would otherwise undermine the operation of the prohibition regime.

[142] Consent is central to the scheme established by the Act. Section 2(d) declares that “the principle of free and informed consent must be promoted and applied as a fundamental condition of the use of human reproductive technologies”. This concern is reflected in the consent provisions of s. 8, which bar the use of human reproductive material to create an embryo, or the use of an *in vitro* embryo, unless the donor consents. The importance of consent is intimately tied to moral concerns, as discussed earlier.

[143] Sections 14 to 19 contain a number of provisions to ensure that participants give consent, have sufficient information to make this consent meaningful, and that their privacy is protected throughout. These provisions ensure that donors are aware of the requirements and protections of the Act and have adequate counselling services so as to give full and informed consent (s. 14(2)). Additionally, they provide for disclosure of relevant health information to participants in, and offspring of the processes (s. 18(3), (4) and (7)) so that they, too, will have the necessary information to manage their own reproductive lives. Furthermore, the information management provisions provide for the withdrawal of consent, requiring the destruction of personal information and reproductive material (s. 16(2) and (3)). Finally, these provisions also protect privacy interests, so that the laudable ends of informed consent do not unduly compromise human dignity (ss. 15(1) and 18(2)).

[144] Compliance is also central to the operation of the Act, because a prohibition regime would be useless if it did not have a mechanism to ensure

rationnel avec le régime établi aux art. 5 à 13. Les dispositions visent seulement à favoriser l’application du régime. Sur le plan fonctionnel, elles comblent les lacunes qui, sinon, compromettraient l’efficacité du régime d’interdiction.

[142] Le consentement est au cœur du régime créé par la Loi. L’alinéa 2d) dispose qu’« il faut encourager et mettre en pratique le principe selon lequel l’utilisation de ces techniques est subordonnée au consentement libre et éclairé de la personne qui y a recours ». Ce souci se retrouve à l’art. 8, qui interdit l’utilisation de matériel reproductif humain dans le but de créer un embryon, ou l’utilisation d’un embryon *in vitro*, sans le consentement du donneur. L’importance du consentement est étroitement liée aux préoccupations morales mentionnées précédemment.

[143] Les articles 14 à 19 renferment un certain nombre de dispositions qui font en sorte que les personnes qui recourent aux techniques soient suffisamment renseignées pour donner un consentement valable et que les renseignements personnels les concernant soient toujours protégés. Ces dispositions veillent à ce que le donneur soit informé des exigences et des protections de la Loi et à ce que des services de consultation adéquats soient mis à sa disposition pour que son consentement soit à la fois complet et éclairé (par. 14(2)). Elles prévoient en outre la communication de renseignements médicaux pertinents aux personnes qui ont recours aux techniques et à celles qui en sont issues (par. 18(3), (4) et (7)) afin qu’elles disposent elles aussi des données nécessaires pour décider de leur propre vie reproductive. De plus, les dispositions sur la gestion de l’information permettent le retrait du consentement, auquel cas les renseignements personnels et le matériel reproductif doivent être détruits (par. 16(2) et (3)). Enfin, elles protègent aussi le droit à la vie privée, de sorte que les objectifs louables du consentement éclairé ne compromettent pas indûment la dignité humaine (par. 15(1) et 18(2)).

[144] L’observation de ces dispositions est également vitale à l’application de la Loi, car un régime d’interdiction est inutile s’il ne s’accompagne pas

that its provisions are respected. Sections 14 to 19 achieve this end by coordinating information sharing between the relevant actors: donors, practitioners, the Agency, and the public. With regard to donors, s. 14(2) provides that they will be informed of the prohibitions and protections of the Act, ensuring that they have sufficient information to comply with the Act and demand compliance of practitioners. As for practitioners and other licensees, s. 14(1) provides that they will have sufficient information about donors to avoid contravening the prohibitions in the Act (e.g., by accepting a donation of reproductive material from an underage donor, in contravention of s. 9). Sections 15 and 16 cover the disclosure of personal information to the Agency, the courts and insurers, while s. 17 charges the Agency with maintaining a personal health information registry to assist in administering and enforcing the Act (see also s. 18(1)). Finally, s. 19 gives the public a right to access certain information about the Agency's activities, thereby promoting compliance by subjecting enforcement of the Act to public scrutiny.

[145] It is not difficult to see how the collection of information will help to ensure that the Act's prohibitions are respected and, if defied, that such conduct will be effectively prosecuted.

[146] I conclude that ss. 14 to 19 are closely tied to the valid criminal prohibitions in ss. 5 to 13. These prohibitions fill a gap by addressing the practical considerations inherent in the functioning of the legislative scheme. Because they do so in a tailored manner, they constitute a proper exercise of ancillary powers.

(2) Sections 20 to 59 and 65 to 67

[147] The organizational provisions in ss. 20 to 39, the administrative provisions in ss. 40 to 44, the enforcement provisions in ss. 45 to 59, and the regulatory provisions in ss. 65 to 67 are clearly

d'un mécanisme assurant son respect. Les articles 14 à 19 jouent ce rôle en coordonnant l'échange de renseignements entre les intéressés, à savoir les donneurs, les praticiens, l'Agence et le public. En ce qui concerne les donneurs, le par. 14(2) prévoit qu'ils sont informés des interdictions et des protections découlant de la Loi, de sorte qu'ils aient suffisamment de données pour se conformer à la Loi et exiger des praticiens qu'ils l'observent également. Pour ce qui est des praticiens et autres titulaires d'autorisations, le par. 14(1) fait en sorte qu'ils disposent de suffisamment de renseignements sur les donneurs pour ne pas accomplir d'actes interdits par la Loi (p. ex., accepter le don de matériel reproductif d'un donneur trop jeune, contrairement à l'art. 9). Les articles 15 et 16 portent sur la communication de renseignements personnels à l'Agence, aux tribunaux et aux assureurs, alors que l'art. 17 prévoit que l'Agence tient un registre de renseignements personnels médicaux afin de faciliter la mise en œuvre de la Loi et à son contrôle d'application (voir également le par. 18(1)). Enfin, l'art. 19 met à la disposition du public certains renseignements sur les activités de l'Agence et favorise ainsi l'observation de la Loi en soumettant le contrôle de son application à l'examen public.

[145] On conçoit aisément que la collecte de renseignements contribue à faire obstacle aux actes interdits par la Loi et permette la poursuite des contrevenants.

[146] J'arrive à la conclusion que les art. 14 à 19 sont étroitement liés aux interdictions prévues aux art. 5 à 13, qui constituent des règles de droit criminel valides. Ces interdictions sont utiles en ce qu'elles comblent une lacune en réglant les problèmes pratiques inhérents au fonctionnement du régime législatif. Parce qu'elles le font de manière circonscrite, elles résultent d'un exercice légitime de pouvoirs accessoires.

(2) Les articles 20 à 59 et 65 à 67

[147] Les dispositions organisationnelles des art. 20 à 39, les dispositions de mise en œuvre des art. 40 à 44, les dispositions de contrôle d'application des art. 45 à 59 et les dispositions sur les

ancillary to the criminal prohibition regime in ss. 5 to 13, furthering it in both purpose and functional effect. All of these provisions present the necessary rational connection to the valid criminal law prohibitions in the Act. I consider each set of provisions in turn.

[148] The organizational provisions in ss. 20 to 39 merely establish the Agency to administer and enforce the federal Act, and, as such, the constitutionality of this portion of the legislation is entirely subsidiary to the constitutionality of the prohibitions in ss. 5 to 13. Indeed, the Attorney General of Quebec does not claim that these provisions are unconstitutional.

[149] The administrative provisions in ss. 40 to 44 are concerned with the issuance of licences for controlled activities (s. 40). This is directly related, as discussed above, to prohibiting harmful and immoral conduct, while excepting beneficial activity. Licensing helps to ensure that selective prohibition targets morally reprehensible conduct, and does so in a flexible manner that can adapt to changing circumstances. It does so by restricting and supervising the use of technologies associated with the artificial creation of human life. In this situation, licensing is about separating good from bad, not about promoting or encouraging the positive aspects of assisted reproduction. Sections 41 to 44 are collateral to this purpose.

[150] The provisions relating to inspection and enforcement of the Act found in ss. 45 to 59 also constitute a valid exercise of ancillary powers. They are part and parcel of the scheme by which Parliament prohibits immoral and potentially harmful uses of human reproductive material, while permitting beneficial uses to continue. Without inspection and enforcement provisions, the prohibitions of ss. 5 to 13 would be ineffective. The manipulation of human reproductive material happens in

règlements des art. 65 à 67 sont clairement accessoires au régime d'interdiction de nature pénale établi aux art. 5 à 13, concourant à la fois à la réalisation de son objet et à l'efficacité de son application. Toutes ces dispositions ont le lien rationnel nécessaire avec les interdictions criminelles que prévoit la Loi. J'examine successivement chacun de ces ensembles de dispositions.

[148] Les dispositions organisationnelles des art. 20 à 39 ont seulement pour effet de mettre sur pied l'Agence et de lui confier le mandat de mettre en œuvre la loi fédérale et de contrôler son application, en sorte que la constitutionnalité de cette partie de la Loi dépend entièrement de celle des interdictions prévues aux art. 5 à 13. D'ailleurs, le procureur général du Québec ne prétend pas que ces dispositions sont inconstitutionnelles.

[149] Les dispositions de mise en œuvre correspondant aux art. 40 à 44 ont pour objet la délivrance d'autorisations pour l'exercice d'activités réglementées (art. 40), ce qui est directement lié, rappelons-le, au fait d'interdire l'activité préjudiciable et immorale et de prévoir une exception pour l'activité bénéfique. Le régime d'autorisation contribue à faire en sorte que l'interdiction sélective vise l'activité moralement répréhensible, et ce, d'une manière suffisamment souple pour permettre l'adaptation à de nouvelles circonstances. Il y parvient en limitant et en encadrant le recours aux techniques associées à la reproduction artificielle de la vie humaine. Dans ce contexte, autoriser une activité ou non revient à distinguer le bien du mal, et non à promouvoir ou à favoriser les aspects bénéfiques de la procréation assistée. Les articles 41 à 44 sont accessoires eu égard à cet objet.

[150] Les dispositions relatives à l'inspection et au contrôle d'application de la Loi (les art. 45 à 59) résultent également d'un exercice légitime de pouvoirs accessoires. Elles font partie du régime que le Parlement établit pour interdire l'utilisation immorale et potentiellement préjudiciable du matériel reproductif humain et permettre la bénéfique. Sans les dispositions sur l'inspection et le contrôle d'application, les interdictions faites aux art. 5 à 13 seraient sans effet. Comme la manipulation

the privacy of laboratories, requiring special rules for inspection and enforcement. In essence, these provisions are analogous to the search and seizure powers in the *Criminal Code*, narrowly tailored to the special exigencies of enforcing the *Assisted Human Reproduction Act*.

[151] Finally, the regulatory provisions in ss. 65 to 67 permit adaptations as required by changing circumstances in the rapidly evolving field of assisted reproduction. Section 65 lists a number of topics on which the Governor in Council may enact specific rules to more precisely tailor the prohibition regime to the particular demands of the moment. This regulatory power is merely the mechanism by which a set of selective prohibitions addresses an ever-changing subject. The Attorney General of Quebec does not seek to have these provisions declared unconstitutional.

### (3) Equivalency Provisions

[152] Section 68 of the Act permits the Governor in Council to declare provisions of the Act inapplicable in a province where a provincial law contains similar provisions, pursuant to an agreement with that province. This provision recognizes the fact that assisted human reproduction is an area of overlapping jurisdiction, and it provides for harmonization and the avoidance of duplication where provincial laws cover the same matters as the Act. Section 68 provides a flexible approach to federal-provincial cooperation, which is appropriate to modern federalism, where matters will frequently attract concurrent legislative authority.

[153] This provision is not seriously attacked, although the Attorney General of Quebec argues that its presence is indicative of the predominantly regulatory nature of the legislation. This is an old argument, and it has been soundly rejected in the jurisprudence. The mere fact that a matter comes within provincial jurisdiction does not preclude

du matériel reproductif humain se produit dans le secret d'un laboratoire, des règles spéciales d'inspection et de contrôle d'application s'imposent. Ces dispositions s'apparentent essentiellement à celles du *Code criminel* en matière de fouilles, de perquisitions et de saisies, et elles sont strictement établies pour satisfaire aux exigences particulières de l'application de la *Loi sur la procréation assistée*.

[151] Enfin, les art. 65 à 67 conférant le pouvoir de prendre des règlements permettent l'adaptation à l'évolution de ce domaine en effervescence qu'est la procréation assistée. L'article 65 énumère un certain nombre de sujets sur lesquels le gouverneur en conseil peut prendre des règlements pour adapter davantage le régime d'interdiction aux exigences particulières du moment. Ce pouvoir de réglementation n'est que le mécanisme faisant en sorte qu'un ensemble d'interdictions sélectives demeure applicable dans un domaine qui évolue sans cesse. Le procureur général du Québec ne demande pas à notre Cour de déclarer ces dispositions inconstitutionnelles.

### (3) Les dispositions sur les accords d'équivalence

[152] L'article 68 de la Loi permet au gouverneur en conseil de déclarer certaines dispositions de la Loi inapplicables dans une province dotée de dispositions équivalentes, moyennant un accord avec la province. Le Parlement reconnaît que la procréation assistée est un domaine où les compétences se chevauchent. L'article 68 assure l'harmonisation et évite le double emploi lorsqu'une loi provinciale s'applique à une même matière. Il favorise la coopération entre le fédéral et les provinces à l'intérieur d'un cadre souple adapté au fédéralisme moderne, puisque, de nos jours, une même matière relève souvent d'autorités législatives concurrentes.

[153] Cette disposition n'est pas vraiment contestée, même si le procureur général du Québec voit dans son existence la confirmation de la nature principalement réglementaire du régime législatif. L'argument n'est pas nouveau, et les tribunaux l'ont écarté à juste titre. Le seul fait qu'un sujet ressortit à la compétence provinciale ne l'empêche pas de

it from coming under federal jurisdiction as well. As noted above, this Court has upheld as constitutional provisions that allow the provinces to limit the scope of federal legislation under cooperative schemes: *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] S.C.R. 497, *Furtney* and *Hydro-Québec*.

[154] I conclude that s. 68 is constitutional.

(4) Sections 60 and 61

[155] These provisions are not seriously attacked. They simply provide the penal sanctions that are necessary for criminal law provisions. Like the penal provisions of the *Criminal Code* of Canada, they are valid.

V. Conclusion

[156] I conclude that the impugned sections of the Act are valid. The prohibitions in ss. 8 to 13 fall within the federal criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. The remaining sections are ancillary to this criminal law scheme. Consequently, I would allow the appeal and answer the constitutional question as follows:

Do ss. 8 to 19, 40 to 53, 60, 61 and 68 of the *Assisted Human Reproduction Act*, S.C. 2004, c. 2, exceed, in whole or in part, the legislative authority of the Parliament of Canada under the *Constitution Act, 1867*?

Answer: No.

English version of the reasons of LeBel, Deschamps, Abella and Rothstein JJ. delivered by

[157] LEBEL AND DESCHAMPS JJ. — In 2001, Health Canada estimated that every 100th baby in the industrialized world was being conceived through the application of some kind of assisted human reproduction technology (*Proposals for Legislation Governing Assisted Human Reproduction: An Overview* (May 2001)). The popularity of assisted human reproduction was

relever aussi du pouvoir fédéral. Comme je le dis précédemment, notre Cour a jugé constitutionnelles des dispositions permettant aux provinces de restreindre la portée de dispositions fédérales dans un contexte de coopération : *Lord's Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia*, [1959] R.C.S. 497, *Furtney* et *Hydro-Québec*.

[154] Je conclus à la constitutionnalité de l'art. 68.

(4) Les articles 60 et 61

[155] Ces dispositions ne sont pas sérieusement contestées. Elles prévoient seulement les sanctions pénales nécessaires à l'application de règles de droit criminel. À l'instar des dispositions pénales du *Code criminel* du Canada, elles sont valides.

V. Conclusion

[156] Je conclus que les dispositions contestées de la Loi sont valides. Les interdictions figurant aux art. 8 à 13 relèvent du pouvoir fédéral de légiférer en matière de droit criminel conféré au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les autres dispositions sont accessoires à ce régime de droit criminel. Conséquemment, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de répondre comme suit à la question constitutionnelle :

Les articles 8 à 19, 40 à 53, 60, 61 et 68 de la *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, ch. 2, excèdent-ils, en tout ou en partie, la compétence législative conférée au Parlement du Canada par la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse : Non.

Les motifs des juges LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein ont été rendus par

[157] LES JUGES LEBEL ET DESCHAMPS — Déjà en 2001, Santé Canada estimait qu'un bébé sur 100 était conçu grâce à une forme d'assistance à la procréation dans les pays industrialisés (*Propositions relatives au projet de loi régissant l'assistance à la procréation : Aperçu* (mai 2001)). La popularité de la procréation assistée ne pouvait qu'augmenter, car elle correspondait à un besoin. En 2009, le

bound to increase, as it corresponded to a need. The same department reported in 2009 that one in eight Canadian couples experienced problems related to infertility. This appeal does not concern the appropriateness or wisdom of the decision to regulate assisted human reproduction, or even the validity of the *Assisted Human Reproduction Act*, S.C. 2004, c. 2 (“*AHR Act*”), as a whole. Rather, the dispute relates to the connection between certain provisions of the *AHR Act* and the federal criminal law power. The Attorney General of Canada is appealing as of right from an opinion of the Quebec Court of Appeal on a reference under the *Court of Appeal Reference Act*, R.S.Q., c. R-23. The following constitutional question was stated:

Do ss. 8 to 19, 40 to 53, 60, 61 and 68 of the *Assisted Human Reproduction Act*, S.C. 2004, c. 2, exceed, in whole or in part, the legislative authority of the Parliament of Canada under the *Constitution Act, 1867*?

[158] For the reasons that follow, we would answer this question in the affirmative, except to the extent that the offences provided for in ss. 60 and 61 relate to provisions that are not in dispute. The provisions of the *AHR Act* concerning controlled activities, namely those involving assistance for human reproduction and related research activities, do not fall under the criminal law power, but belong to the jurisdiction of the provinces over hospitals, civil rights and local matters. We would therefore dismiss the appeal.

### I. Introduction

[159] Connecting the impugned provisions with the heads of power relied on by the parties — criminal law, on the one hand, and property and civil rights, education, hospitals and local matters, on the other — is a particularly delicate exercise because the scopes of certain of these powers are not clearly defined. As we will see, however, even though defining the scopes of certain powers may seem difficult, the powers in question do have real limits and the courts retain a role in reviewing compliance with those limits. To determine whether the government that enacted the impugned provisions has complied with the limits, we will need to

même ministère rapportait qu’un couple canadien sur huit connaissait des problèmes d’infertilité. Le présent pourvoi ne porte pas sur l’opportunité ou la sagesse de la décision d’encadrer la procréation assistée ni même sur la validité de la *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, ch. 2 (« *LPA* »), dans son ensemble. La contestation porte plutôt sur le rattachement de certaines dispositions de la *LPA* à la compétence fédérale en matière de droit criminel. Le procureur général du Canada en appelle de plein droit d’un avis de la Cour d’appel du Québec portant sur une demande présentée en vertu de la *Loi sur les renvois à la Cour d’appel*, L.R.Q., ch. R-23. La question constitutionnelle est formulée comme suit :

Les articles 8 à 19, 40 à 53, 60, 61 et 68 de la *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, ch. 2, excèdent-ils, en tout ou en partie, la compétence législative conférée au Parlement du Canada par la *Loi constitutionnelle de 1867*?

[158] Pour les motifs exprimés ci-dessous, nous sommes d’avis de répondre affirmativement à cette question, sauf dans la mesure où les infractions créées par les art. 60 et 61 se rapportent à des dispositions qui ne sont pas contestées. Les dispositions de la *LPA* qui concernent les activités réglementées, c’est-à-dire l’assistance à la procréation et les activités de recherche connexes, ne relèvent pas du droit criminel, mais plutôt de la compétence des provinces sur les hôpitaux, les droits civils et les matières locales. Nous rejeterions donc l’appel.

### I. Introduction

[159] La tâche de rattacher les dispositions contestées aux champs de compétence invoqués par les parties — d’une part le droit criminel, d’autre part la propriété, les droits civils, l’éducation, les hôpitaux et les matières locales — se révèle particulièrement délicate en raison de l’absence de délimitation claire de l’étendue de certains de ces champs de compétence. Cependant, même s’il paraît difficile de définir la portée de certains chefs, nous verrons qu’il existe des limites réelles à ces compétences et que les tribunaux conservent un rôle dans l’examen du respect de ces limites. Pour déterminer si ces limites ont été respectées par l’ordre de

review the history of the *AHR Act* and the doctrines of Canadian constitutional law.

## II. History of the Assisted Human Reproduction Act

[160] In 1989, the federal government, which was already concerned about the stakes of genetic manipulation, struck the Royal Commission on New Reproductive Technologies (the “Baird Commission”) to inquire into the existing situation and foreseeable scientific and medical advances in the area of new reproductive technologies. The Baird Commission was mandated to inquire both into the impact of these technologies on health and research and into their ethical, social, economic and legal implications and their impact on the general public. In November 1993, it tabled its final report entitled *Proceed With Care: Final Report of the Royal Commission on New Reproductive Technologies* (the “Baird Report”). The Baird Commission made two key recommendations in its report:

- 1 - that legislation be enacted to prohibit, with criminal sanctions, certain aspects of new reproductive technologies; and
- 2 - that a national regulatory body for reproductive technologies be established. (See Executive Summary, at p. xxxii.)

[161] After the Baird Report was tabled, the federal government initiated a process to implement its recommendations. This process would prove to be particularly long and arduous. Several bills were introduced before the *AHR Act*. They can be divided into two groups. The scope of the first group of bills was limited to the prohibition of certain activities: Bill C-47, *An Act respecting human reproductive technologies and commercial transactions relating to human reproduction*, 2nd Sess., 35th Parl., 1996; Bill C-247, *An Act to amend the Criminal Code (genetic manipulation)*, 1st Sess., 36th Parl., 1997; Bill C-336, *An Act to amend the Criminal Code (genetic manipulation)*, 1st Sess.,

gouvernement qui a adopté les dispositions contestées, il sera nécessaire de décrire le contexte de la *LPA* et de nous reporter aux doctrines qui régissent l’environnement constitutionnel canadien.

## II. Historique de la Loi sur la procréation assistée

[160] En 1989, déjà préoccupé par les enjeux des manipulations génétiques, le gouvernement fédéral crée la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction (la « Commission Baird ») pour faire enquête sur l’état et les développements prévisibles de la science et de la médecine en matière de nouvelles techniques de reproduction. L’enquête doit porter tant sur leurs répercussions sur la santé et la recherche que sur leurs conséquences morales, sociales, économiques et juridiques et sur leur incidence pour le grand public. En novembre 1993, la Commission Baird dépose son rapport final intitulé *Un virage à prendre en douceur : rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction* (le « Rapport Baird »). Le Rapport Baird formule deux grandes recommandations :

- 1 - l’adoption de lois assorties de sanctions pénales interdisant certains aspects des nouvelles techniques de reproduction;
- 2 - la création d’un organisme national chargé de réglementer les techniques de reproduction. (Voir Résumé, p. xxxiv-xxxv.)

[161] À la suite du dépôt du Rapport Baird, le gouvernement fédéral amorce la mise en application de ses recommandations. Ses efforts se révéleront singulièrement longs et laborieux. Plusieurs projets de loi précèdent la *LPA*. Ils peuvent être divisés en deux groupes. Le premier groupe de projets ne vise que l’interdiction de certaines activités : Projet de loi C-47, *Loi concernant les techniques de reproduction humaine et les opérations commerciales liées à la reproduction humaine*, 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 1996; Projet de loi C-247, *Loi modifiant le Code criminel (manipulation génétique)*, 1<sup>re</sup> sess., 36<sup>e</sup> lég., 1997; Projet de loi C-336, *Loi modifiant le Code criminel (manipulation génétique)*, 1<sup>re</sup> sess.,

37th Parl., 2001. The second group of bills purported to regulate certain activities associated with assisted human reproduction and to create an agency that was to be responsible for administering the Act. The purpose of each of the bills in the second group was to implement both the recommendations of the Baird Report: Bill C-56, *An Act respecting assisted human reproduction*, 1st Sess., 37th Parl., 2001-2002; Bill C-13, *An Act respecting assisted human reproduction*, 2nd Sess., 37th Parl., 2002.

[162] All five of these bills died on the Order Paper at the end of the sessions of Parliament in which they were introduced.

[163] Finally, Bill C-6, *An Act respecting assisted human reproduction and related research*, 3rd Sess., 37th Parl., the source of the current legislation, was introduced on February 11, 2004. It passed through every stage of parliamentary scrutiny and received Royal Assent on March 29, 2004. To this date, the only regulations that have been made pursuant to this Act are the *Assisted Human Reproduction (Section 8 Consent) Regulations*, SOR/2007-137.

### III. Structure and Content of the *Assisted Human Reproduction Act*

[164] The *AHR Act* is formally divided into 17 parts of varying importance. We will focus on the parts of the Act that will enable us to determine the objectives Parliament was pursuing in enacting it. To this end, it will be helpful to reproduce s. 2 of the *AHR Act*, in which Parliament stated the principles that guided it:

2. [Declaration] The Parliament of Canada recognizes and declares that

(a) the health and well-being of children born through the application of assisted human reproductive technologies must be given priority in all decisions respecting their use;

(b) the benefits of assisted human reproductive technologies and related research for individuals, for families and for society in general can be most effectively secured by taking appropriate measures for the protection and promotion of human health,

37<sup>e</sup> lég., 2001. Le deuxième groupe de projets vise quant à lui tant la réglementation de certaines activités liées à la procréation assistée que la création d'une agence chargée de l'administration du régime. Chacun des projets de loi du deuxième groupe tend à la mise en œuvre des deux recommandations du Rapport Baird : Projet de loi C-56, *Loi concernant la procréation assistée*, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 2001-2002; Projet de loi C-13, *Loi concernant la procréation assistée*, 2<sup>e</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 2002.

[162] Aucun de ces cinq projets ne survit à la fin des sessions parlementaires au cours desquelles ils sont présentés.

[163] Finalement, le Projet de loi C-6, *Loi concernant la procréation assistée et la recherche connexe*, 3<sup>e</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., à l'origine de la loi actuelle, est déposé le 11 février 2004. Il franchit toutes les étapes de l'examen parlementaire et reçoit la sanction royale le 29 mars 2004. À ce jour, un seul règlement a été pris sous le régime de cette loi : le *Règlement sur la procréation assistée (article 8 de la Loi)*, DORS/2007-137.

### III. Structure et contenu de la *Loi sur la procréation assistée*

[164] La *LPA* compte formellement 17 titres dont les contenus varient en importance. Nous nous attacherons aux parties de la *LPA* qui permettent de discerner les objectifs que visait le Parlement en adoptant cette loi. À cet effet, il convient de reproduire l'art. 2 de la *LPA*, qui constitue un énoncé par le Parlement des principes qu'il dit le guider :

2. [Déclaration du Parlement] Le Parlement du Canada reconnaît et déclare ce qui suit :

a) la santé et le bien-être des enfants issus des techniques de procréation assistée doivent prévaloir dans les décisions concernant l'usage de celles-ci;

b) la prise de mesures visant à la protection et à la promotion de la santé, de la sécurité, de la dignité et des droits des êtres humains constitue le moyen le plus efficace de garantir les avantages que présentent pour les individus, les familles et la société en

safety, dignity and rights in the use of these technologies and in related research;

(c) while all persons are affected by these technologies, women more than men are directly and significantly affected by their application and the health and well-being of women must be protected in the application of these technologies;

(d) the principle of free and informed consent must be promoted and applied as a fundamental condition of the use of human reproductive technologies;

(e) persons who seek to undergo assisted reproduction procedures must not be discriminated against, including on the basis of their sexual orientation or marital status;

(f) trade in the reproductive capabilities of women and men and the exploitation of children, women and men for commercial ends raise health and ethical concerns that justify their prohibition; and

(g) human individuality and diversity, and the integrity of the human genome, must be preserved and protected.

[165] After this statement of principles, the Act contains a series of definitions, which are followed by a number of provisions divided into two classes: Prohibited Activities and Controlled Activities. The parts under these headings represent two distinct branches of activities related to genetic manipulation.

[166] Sections 5 to 9 list the prohibited activities. The Baird Commission stated that most of these activities or technologies were considered to be unacceptable, mainly for ethical or moral reasons, but also in some cases because of a lack of knowledge of the health risks they might entail (Baird Report, at p. 108). A voluntary moratorium on nine of these activities and technologies had been announced in 1995, after the Baird Report was tabled (Health Canada, News Release 1995-57). The prohibited activities are: cloning human embryos (s. 5(1)(a)); creating *in vitro* embryos for any purpose other than creating a human being or conducting research (s. 5(1)(b)); manipulating embryos to create children whose parents

général la procréation assistée et la recherche dans ce domaine;

c) si ces techniques concernent l'ensemble de notre société, elles visent davantage les femmes que les hommes, et la santé et le bien-être des femmes doivent être protégés lors de l'application de ces techniques;

d) il faut encourager et mettre en pratique le principe selon lequel l'utilisation de ces techniques est subordonnée au consentement libre et éclairé de la personne qui y a recours;

e) les personnes cherchant à avoir recours aux techniques de procréation assistée ne doivent pas faire l'objet de discrimination, notamment sur la base de leur orientation sexuelle ou de leur statut matrimonial;

f) la commercialisation des fonctions reproductives de la femme et de l'homme ainsi que l'exploitation des femmes, des hommes et des enfants à des fins commerciales soulèvent des questions de santé et d'éthique qui en justifient l'interdiction;

g) il importe de préserver et de protéger l'individualité et la diversité humaines et l'intégrité du génome humain.

[165] Cet énoncé de principes est suivi d'une série de définitions, puis d'une classification dichotomique : actes interdits et activités réglementées. Ces titres représentent deux volets distincts des activités liées aux manipulations génétiques.

[166] Les articles 5 à 9 énumèrent les actes interdits. La Commission Baird affirme au sujet de la plupart de ces actes ou techniques qu'ils étaient jugés inacceptables principalement pour des raisons d'ordre éthique ou moral, mais aussi parfois en raison de l'absence de connaissance de leurs risques pour la santé (Rapport Baird, p. 124). En 1995, à la suite du Rapport Baird, neuf de ces actes et techniques avaient fait l'objet d'une demande de moratoire volontaire (Santé Canada, Communiqué 1995-57). Les actes interdits sont : le clonage d'embryons humains (al. 5(1)a)), la création d'embryons *in vitro* à des fins autres que la création d'un être humain ou pour la recherche (al. 5(1)b)), la manipulation d'embryons pour créer des enfants dont

never existed genetically (s. 5(1)(c)); maintaining embryos outside a woman's body after the 14th day following fertilization (s. 5(1)(d)); engaging in sex selection for non-medical reasons (s. 5(1)(e)); altering the genome of a cell such that the alteration is capable of being transmitted to descendants (s. 5(1)(f)); creating animal-human chimeras or hybrids (s. 5(1)(g), (h), (i) and (j)); entering into pre-conception or surrogacy arrangements for a fee (s. 6); and purchasing or selling ova, sperm and/or embryos (s. 7). Removal and use of human reproductive material without consent (s. 8) are also dealt with in the part on prohibited activities. However, unlike most of the other activities listed in this part, which the Act prohibits completely, the removal and use of such material are permitted if consent is given in the form prescribed by regulations. As well, obtaining any sperm or ovum from a minor is prohibited by s. 9, except to enable the minor to become a parent. The constitutionality of the absolute prohibitions, that is, of those provided for in ss. 5 to 7, is not in issue here, but the validity of the prohibitions in ss. 8 and 9 is being challenged.

[167] The controlled activities are set out in ss. 10 to 13 of the *AHR Act*. These provisions are being challenged. They concern both assisted human reproduction and related research.

[168] When it decided to regulate what are called "controlled" activities, Parliament clearly took into account the concerns expressed about the ethical and moral aspects and the safety of assisted reproductive activities. And in so doing it clearly intended to implement the Baird Report's second recommendation in order to ensure that Canadians could have access to assisted reproduction services. In Chapter 4 of the report, the Commission had stated that,

- if safe, ethical, and effective means are available to help Canadians achieve the goal of having a healthy child, then as a caring society we should consider how to devote our collective resources to doing so;

les parents n'ont jamais génétiquement existé (al. 5(1)c)), la conservation d'embryons en dehors du corps d'une femme après le 14<sup>e</sup> jour suivant la fécondation (al. 5(1)d)), le choix du sexe en fonction de critères non médicaux (al. 5(1)e)), la modification du génome d'une cellule de façon à rendre le changement transmissible aux descendants (al. 5(1)f)), la formation de chimères ou hybrides animal-humain (al. 5(1)g, h, i et j)), la conclusion à titre onéreux de contrats ou d'accords de maternité de substitution (art. 6) et l'achat ou la vente d'ovules, de spermatozoïdes ou d'embryons (art. 7). Le prélèvement et l'utilisation du matériel reproductif humain sans consentement (art. 8) sont traités sous le titre des actes interdits. Cependant, il faut noter qu'à la différence de la majorité des autres actes de cette rubrique que la loi prohibe sans réserve, ce prélèvement et cette utilisation sont permis si un consentement est donné suivant une forme prévue à un règlement. De même, l'obtention d'un ovule ou d'un spermatozoïde d'un mineur est interdite par l'art. 9, mais une exception est faite pour permettre à ce mineur de devenir parent. La validité constitutionnelle des interdictions absolues, soit celles prévues par les art. 5 à 7, n'est pas contestée. Par contre, la constitutionnalité des prohibitions prévues aux art. 8 et 9 est attaquée.

[167] Les activités réglementées sont précisées aux art. 10 à 13 de la *LPA*. Ces dispositions sont contestées. Elles visent tant la procréation assistée que la recherche connexe.

[168] Il est clair qu'en encadrant les activités dites réglementées, le Parlement a tenu compte des préoccupations éthiques, morales et de sécurité exprimées relativement à la procréation assistée et qu'il a entendu donner suite à la deuxième recommandation du Rapport Baird afin que les Canadiens et Canadiennes puissent avoir accès à des services d'assistance à la procréation. En effet, au chapitre 4 du Rapport, la Commission estimait que :

- s'il existe des moyens sûrs, moralement acceptables et efficaces d'aider les Canadiens et Canadiennes à réaliser leur rêve d'avoir des enfants sains, nous devons, en tant que société qui se respecte, envisager des moyens d'user de nos ressources collectives pour les rendre accessibles;

- if procedures have been demonstrated to be safe and effective, and if we have determined as a society that they should be available, then we must be prepared to commit public resources to their provision through the health care system; to do otherwise would be to ignore Canadians' values with respect to non-commercialization of reproduction and equity and fairness in access to treatment, and, as we will show in subsequent chapters, to undermine the publicly funded health care system by imposing uncontrollable burdens on it; and
- if a procedure is to be provided through the public health system, access to it must be determined by medical criteria and in accordance with the principles established in the *Canada Health Act*, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and human rights legislation. [Emphasis added; p. 86.]
- si la sécurité et l'efficacité de techniques ou méthodes ont été démontrées, et si nous considérons, en tant que société, qu'elles devraient être disponibles, nous devons alors être prêts à financer publiquement leur utilisation dans tout le système de santé, pour ne pas faire fi des valeurs canadiennes qui s'opposent à la commercialisation des techniques de reproduction, et qui préconisent l'équité et la justice dans l'accès aux traitements ni, comme nous le montrerons dans les chapitres subséquents, miner le système public de santé en lui imposant des surcharges incontrôlables;
- si un type de traitement est offert dans le cadre du système de santé public, l'accès à ce traitement doit être déterminé à partir de critères médicaux et conformément aux principes établis dans la *Loi canadienne sur la santé*, la *Charte canadienne des droits et libertés* et la législation sur les droits de la personne. [Nous soulignons; p. 99.]

At the end of its work, the Commission had noted a near-total consensus on certain activities:

- in vitro fertilization and assisted insemination are legitimate medical responses to infertility; internationally, the trend has been to institutionalize this response through some form of national accreditation or licensing and record keeping for assisted conception research and treatment; [and]
- internationally, there is general agreement that the use of donated gametes or zygotes is permissible . . . . [Emphasis added; p. 140.]
- La fécondation in vitro et l'insémination assistée sont des traitements médicaux légitimes de l'infertilité; à l'échelle internationale, on tend à les institutionnaliser par une forme d'agrément national ou de permis, et par la tenue de dossiers sur les activités de recherche et de traitement.
- À l'échelle internationale, on s'entend généralement pour dire que l'utilisation de zygotes ou de gamètes provenant de donneurs devrait être permise. [Nous soulignons; p. 158-159.]

[169] It can thus be seen that the Commission was of the opinion that assisted reproductive activities and related research should be permitted. This means that it considered them morally and socially acceptable (Baird Report, at p. 109).

[169] Il appert donc que, selon la Commission, les activités liées à l'assistance à la procréation et la recherche connexe doivent être permises. Elle les considérait donc comme moralement et socialement acceptables (Rapport Baird, p. 125).

[170] Section 10 concerns obtaining, storing, transferring, destroying, importing or exporting embryos or human reproductive material for the purpose of creating an embryo (s. 10(3)); creating embryos (s. 10(1)); and using, altering or manipulating *in vitro* embryos (s. 10(2)).

[170] L'article 10 concerne l'obtention, la conservation, la cession, l'élimination, l'importation ou l'exportation d'embryons ou de matériel reproductif humain dans le but de créer un embryon (par. 10(3)), la création d'embryons (par. 10(1)) et l'utilisation, la modification ou la manipulation d'embryons *in vitro* (par. 10(2)).

[171] Section 11 requires compliance with regulations on transgenic research. Section 65(1)(d)

[171] L'article 11 institue l'obligation de se conformer aux règlements sur la recherche transgénique.

establishes a power to specify parts or proportions of the human genome that may be used in conjunction with all or parts of the genome of another species.

[172] Section 12 regulates the reimbursement of expenditures related to the donation, maintenance and transport of reproductive material and to the pregnancy of surrogate mothers. Its provisions shed light on the real purpose of the prohibitions set out in ss. 6 and 7, as it prohibits only the commercialization of the provision of genetic material or of surrogacy.

[173] Section 13 regulates the use of any premises for a controlled activity.

[174] A separate part of the Act deals with the collection and disclosure of personal information and the provision of counselling services (ss. 14 to 19).

[175] Sections 20 to 39 define the responsibilities of the Minister of Health and establish the structure of the Assisted Human Reproduction Agency of Canada (the “Federal Agency”). Sections 40 to 59 concern the Federal Agency’s powers of enforcement and administration. These powers relate primarily to the controlled activities (see, e.g., s. 40(1)). Sections 60 and 61 provide for penal sanctions for violating the Act, and ss. 62 to 64 address certain procedural issues. The power to make regulations is granted in ss. 65 to 67. Sections 68 and 69 provide for the making (and termination) of equivalency agreements between the Minister and provincial governments pursuant to which the Governor in Council may declare that ss. 10 to 16, 46 to 53 and 61 do not apply. In this regard, it should be mentioned that ss. 40 to 53, 60, 61 and 68 are being challenged. However, although ss. 60 and 61 are being challenged as a whole, they should not be declared unconstitutional in their entirety even if the position of the Attorney General of Quebec is accepted, because the offences they establish relate not only to the impugned provisions, but also to the provisions that are not being challenged. In such a case, they

L’alinéa 65(1)d) établit le pouvoir de désigner la partie ou proportion du génome humain qu’on pourra utiliser en conjonction avec la partie ou le génome d’une autre espèce.

[172] L’article 12 régleme le remboursement des frais liés au don, à l’entretien et au transport de matériel reproductif, et ceux liés à la grossesse d’une mère porteuse. Ses dispositions mettent en lumière l’objet réel des prohibitions contenues aux art. 6 et 7. En effet, seules la commercialisation de la fourniture de matériel génétique ou de la fonction de mère porteuse se trouvent interdites.

[173] L’article 13 assujettit à la réglementation tout établissement où se pratique une activité réglementée.

[174] Un titre particulier de la loi est consacré à l’obtention et à la communication de renseignements personnels et à la fourniture de services de consultations (art. 14 à 19).

[175] Les articles 20 à 39 délimitent les responsabilités du ministre de la Santé et établissent la structure de l’Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée (l’« Agence fédérale »). Les articles 40 à 59 traitent des pouvoirs de contrôle et de mise en œuvre exercés par l’Agence fédérale. Ces pouvoirs concernent principalement les activités réglementées (voir, p. ex., par. 40(1)). Les articles 60 et 61 prescrivent les peines applicables en cas de contravention à la loi, et les art. 62 à 64 certaines modalités procédurales. Les articles 65 à 67 précisent la compétence réglementaire. Les articles 68 et 69 prévoient la conclusion (et la résiliation) par le ministre et les gouvernements provinciaux d’accords d’équivalence qui permettent au gouverneur en conseil d’écarter l’application des art. 10 à 16, 46 à 53 et 61. À cet égard, signalons que les art. 40 à 53, 60, 61 et 68 sont contestés. Toutefois, bien que les art. 60 et 61 soient contestés dans leur ensemble, si le point de vue du procureur général du Québec était retenu, ces dispositions ne devraient pas être déclarées inconstitutionnelles dans leur totalité parce qu’elles visent non seulement les infractions liées aux dispositions contestées, mais aussi celles qui ne le sont pas. Elles feraient donc l’objet d’une

should therefore be read down rather than being simply declared invalid.

[176] We will return to the different parts of the *AHR Act* below. For now, we will simply note that substantive and formal distinctions are drawn between prohibited activities and controlled activities. The dichotomy between dangerous activities and activities that benefit society appears clearly from Parliament’s statement of principles in s. 2 and from the titles used in the Act itself. Furthermore, whereas the category of controlled activities concerns services that are available to persons in need of assistance because of an inability to reproduce and that are used by professionals who provide the required help, the activities that are prohibited completely do not involve techniques used in assisted human reproduction.

[177] In sum, the substantive and formal distinctions between controlled activities and activities that are prohibited completely stem from the legislative history, from the nature of the activities and from how they are presented in the *AHR Act*. The Chief Justice interprets the *AHR Act* very differently. She disregards its legislative history, even criticizing us for attaching importance to the Baird Report. She takes no account of the distinction the Commission drew in its report between prohibited activities and controlled activities. In this regard, she asserts that the fact that the Commission recognized the positive aspects of assisted human reproduction does not mean that Parliament shared the Commission’s concerns. We can only emphasize that there is no factual basis whatsoever for the Chief Justice’s interpretation. Her approach is contrary to the usual approach to constitutional analysis. In conducting such analyses, this Court gives considerable weight to the legislative facts. Moreover, in an affidavit filed in evidence during the hearing in the Court of Appeal, Francine Manseau, Senior Strategic Policy Advisor, Assisted Human Reproduction Implementation Office, Department of Health Canada, clearly stated that the mandate received from the Minister had been [TRANSLATION] “to analyse the *Baird Report* and develop policy statements consistent with its recommendations and findings” (A.R., at p. 6961). We

interprétation atténuée plutôt que d’une déclaration de nullité pure et simple.

[176] Nous reviendrons plus loin sur les composantes de la *LPA*. Pour l’instant, il suffit de constater que des distinctions matérielles et formelles sont faites entre les actes interdits et les activités réglementées. La dichotomie — actes dangereux, activités présentant des avantages pour la société — ressort de l’énoncé de principes du Parlement à l’art. 2 et des titres employés dans la loi elle-même. De plus, alors que les activités réglementées visent des services dont peuvent bénéficier les personnes qui ont besoin d’assistance en raison de leur incapacité à procréer et auxquels ont recours les professionnels qui fournissent l’aide requise, les actes interdits totalement ne sont pas des techniques utilisées pour la procréation assistée.

[177] En somme, les distinctions matérielles et formelles entre les activités réglementées et les actes prohibés totalement ressortent de l’historique législatif, de la nature de ces actes et activités et de la présentation de ceux-ci dans la *LPA*. La Juge en chef adopte une interprétation toute différente de la *LPA*. Elle met de côté l’historique législatif, nous reprochant même d’accorder de l’importance au Rapport Baird. Elle ne tient aucun compte de la distinction que la Commission fait dans son rapport entre les actes prohibés et les activités réglementées. À ce propos, elle affirme que le fait que la Commission a reconnu les aspects positifs de la procréation assistée ne signifie pas que le Parlement a partagé les mêmes préoccupations que la Commission. Nous ne pouvons que constater l’absence de tout fondement factuel justifiant l’interprétation de la Juge en chef. Son approche est contraire à celle adoptée habituellement au cours d’une analyse constitutionnelle. En effet, notre Cour attache une importance considérable aux faits législatifs dans l’analyse constitutionnelle. D’ailleurs, dans sa déclaration sous serment déposée en preuve lors de l’audience en Cour d’appel, M<sup>me</sup> Francine Manseau, conseillère principale en planification stratégique au Bureau de la mise en œuvre de la législation sur la procréation assistée du Ministère de la santé du Canada précise bien que le mandat reçu de la ministre consistait à « analyser

therefore prefer to keep the legislative history and the distinctions between prohibited and controlled activities in mind. We will now review the parties' positions on the issues.

#### IV. Positions of the Parties

[178] The Attorney General of Canada describes assisted human reproduction as a “novel” reality, as a technique of “artificial creation of human life”. He views it as a single set of activities, which means that a comprehensive approach must be taken in determining whether the Act is constitutional and that the provisions of the Act can in this way be linked to the criminal law. The purpose of the scheme is to protect morality, safety and public health in the “novel” context of the artificial creation of human life. The adoption of prohibitions with exemptions and conditions makes it possible to take a systematic and integrated approach to the problems raised by the various aspects of assisted human reproduction, and to the complexity of the issues it raises. The Attorney General of Canada submits that the *AHR Act* does not encroach on the field of medical practice because its provisions have little or nothing to do with the practice of medicine. On the other hand, it cannot be denied that they have a connection with the protection of public health, which is a legitimate purpose of the criminal law power.

[179] The Attorney General of Quebec does not question the action taken by Parliament with respect to the activities prohibited by ss. 5 to 7. As regards the provisions on consent and on the controlled activities, however, he considers that Parliament is regulating the entire field of medicine connected with assisted human reproduction and related research. In his view, the pith and substance of the provisions is the regulation of the practice of medicine in the field of medically assisted human reproduction. He points out that the activities in question are neither harmful nor morally reprehensible; on the contrary, they are desirable from

le *rapport Baird* et d'élaborer des énoncés de politiques conformes aux recommandations et conclusions du *rapport* » (d.a., p. 6961). Par conséquent, nous préférons nous en tenir à l'historique législatif et garder en mémoire les distinctions entre les actes interdits et les activités réglementées. Nous rappellerons maintenant la position des parties sur les questions en litige.

#### IV. Thèses des parties

[178] Le procureur général du Canada décrit la procréation assistée comme une réalité « nouvelle et inédite », une technique de « création artificielle de la vie humaine ». Il y voit un ensemble unique d'activités. Dès lors, une approche globale s'impose pour statuer sur la constitutionnalité de la loi, et on peut ainsi relier les dispositions de la loi au droit criminel. Le régime a pour objet la protection de la morale, de la sécurité et de la santé publique dans le contexte « inédit » de la création artificielle de la vie. Le recours à des interdictions, assorties d'exceptions et de conditions, permet de répondre de façon systématique et intégrée aux problèmes soulevés par les divers aspects de la procréation assistée et à la complexité de ses enjeux. De l'avis du procureur général du Canada, la *LPA* n'empiète pas sur le domaine de la pratique médicale parce que ses dispositions ont peu, sinon rien, à voir avec la pratique de la médecine. Par contre, ses dispositions ont incontestablement un lien avec la protection de la santé publique, qui constitue un objectif légitime du pouvoir de légiférer en droit criminel.

[179] Le procureur général du Québec ne conteste pas l'intervention du Parlement en ce qui concerne les actes interdits par les art. 5 à 7. Il estime cependant que, pour ce qui est des dispositions relatives au consentement et aux activités réglementées, le Parlement réglemente tout le champ de la pratique de la médecine lié à la procréation assistée et à la recherche connexe. Selon lui, le caractère véritable des dispositions réside dans l'encadrement de la pratique médicale dans le domaine de la procréation médicalement assistée. Il souligne que les activités en cause ne sont ni nuisibles ni moralement condamnables, mais au contraire souhaitables pour

a health standpoint. He submits that the practice of medicine in the field of assisted human reproduction does not differ from the practice of medicine in any other area in regard to the professional qualifications of the practitioners, to the respect they must show patients and to compliance with the ethical, disciplinary and administrative rules governing the practice of medicine in general. Subjecting this field of medical practice to the control and oversight of a national agency represents, in this case, a major overflow of the exercise of federal legislative jurisdiction into matters within the provinces' authority. The Attorney General of Quebec does not deal with the *AHR Act* as a whole. Rather, he submits that the impugned provisions cannot be based on the federal criminal law power, because their purpose is not to suppress or prevent an evil, while a statutory provision cannot be criminal in nature without having that as its purpose. To hold these provisions to be constitutional would be to distort the principles of Canadian federalism.

V. Opinion of the Quebec Court of Appeal, 2008 QCCA 1167, 298 D.L.R. (4th) 712

[180] The Attorney General of Quebec referred a question to the Quebec Court of Appeal under the *Court of Appeal Reference Act* in order to obtain its opinion on the constitutionality of the impugned provisions. In its decision, the Court of Appeal expressed the opinion that the *AHR Act* [TRANSLATION] “reveals the legislative intent to cover the entire field of assisted reproduction, with respect to both clinical practice and research” (para. 122). It noted that in this regard the *AHR Act* [TRANSLATION] “may be characterized as comprehensive and exhaustive legislation on the subject, just as the Baird Commission wished” (*ibid.*). The Court of Appeal held that the impugned provisions could not be considered to be criminal law legislation (at paras. 137 and 138):

[TRANSLATION] However valid these intentions [namely the setting of national standards] are, they do not have the effect of conferring a criminal law purpose

la santé. Il soutient que la pratique médicale dans le domaine de la procréation assistée ne diffère en rien de l'exercice de la médecine dans les autres domaines sur le plan de la qualification des professionnels concernés, du respect qu'ils portent à leurs patients ou de leur adhésion aux règles éthiques, déontologiques et administratives qui gouvernent la pratique de la médecine en général. L'assujettissement de ce champ de la pratique médicale au pouvoir de contrôle et de surveillance d'une agence nationale constitue en l'espèce un débordement majeur de la compétence législative fédérale sur des matières qui relèvent du pouvoir de légiférer des provinces. Le procureur général du Québec ne s'en prend pas à l'ensemble de la *LPA*. Il soutient plutôt que les dispositions contestées ne peuvent se fonder sur la compétence fédérale en droit criminel parce qu'elles ne visent pas à réprimer ou à prévenir un mal, la répression ou la prévention d'un mal constituant un critère essentiel pour attribuer à une disposition législative un caractère criminel. La reconnaissance de la validité constitutionnelle de ces dispositions ferait violence aux principes du fédéralisme canadien.

V. Avis de la Cour d'appel du Québec, 2008 QCCA 1167, [2008] R.J.Q. 1551

[180] Le procureur général du Québec a saisi la Cour d'appel du Québec en vertu de la *Loi sur les renvois à la Cour d'appel* d'une demande d'avis sur la constitutionnalité des dispositions attaquées. Dans son arrêt, la Cour d'appel du Québec estime que la *LPA* « fait voir la volonté législative de couvrir tout le champ de la procréation assistée tant en ce qui a trait à la pratique clinique qu'à la recherche » (par. 122). Elle note qu'à cet égard, la *LPA* « peut être qualifiée de législation globale et exhaustive sur le sujet, comme l'avait voulu la Commission Baird » (*ibid.*). La Cour d'appel conclut que les dispositions contestées ne peuvent être considérées comme des mesures législatives relatives au droit criminel (par. 137 et 138) :

Quelque valables que soient ces intentions [l'établissement de normes nationales], cela n'a pas pour effet de conférer à la réglementation de la procréation assistée

on the control of assisted reproductive activities. The question is not whether the Act is good or bad, or whether it achieves its objectives or not, but whether its purpose is criminal in nature. In the present case, with the exception of the outright prohibitions, the record reveals no “evil” that needs to be repressed. Rather, it establishes the intent to control the clinical and research aspects of a medical activity in order to create a uniformity that is considered to be desirable. The appropriateness of a single piece of legislation applying to Canada as a whole and regulating a permitted and recognized activity is not a purpose that confers criminal law jurisdiction.

To sum up, the fundamental and dominant purpose of the impugned part of the Act is the safeguarding of health and not the elimination of an “evil”.

[181] The Court of Appeal did not discuss the connection between the provisions that are being challenged and those that are not. It simply concluded that the impugned provisions lay beyond the scope of Parliament’s criminal law power and did not discuss the ancillary powers doctrine.

#### VI. Applicable Constitutional Principles and Doctrines

[182] Before discussing the legislative powers relied on in this case, we must emphasize the existence and the scope of certain constitutional principles that shape Canadian federalism. The Court considered these principles in *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217. It identified four principles that underlie our Constitution as a whole, and its evolution: constitutionalism and the rule of law, democracy, the protection of minorities, and federalism (paras. 48-82). Of particular interest to us in the case at bar is federalism. According to this principle, the powers of the different levels of government in a federation are co-ordinate, not subordinate, powers. Federalism implies that a government does not encroach on the powers of the other level of government (para. 56).

[183] In that reference, the Court also commented that the proper operation of Canadian federalism sometimes requires the application of a principle

un objet de nature criminelle. La question n’est pas celle de savoir si la loi est la meilleure ou la pire, si elle atteint ses objectifs ou non, mais si elle vise un objet de droit criminel. Or, en l’espèce, sauf pour les actes totalement interdits, le dossier ne révèle aucun « mal » à réprimer. Il établit plutôt une volonté de contrôler une activité médicale, tant dans son aspect clinique que dans le cadre de la recherche parce que cela favoriserait une uniformité jugée souhaitable. La pertinence d’une législation unique pour tout le Canada en vue de régler une activité admise et reconnue n’est pas un objectif attributif de compétence en droit criminel.

En résumé, l’objet fondamental et dominant de la partie contestée de la loi est la protection de la santé et non pas l’élimination d’un « mal ».

[181] La Cour d’appel ne se penche pas sur le lien entre les dispositions de la loi qui sont contestées et celles qui ne le sont pas. Elle conclut simplement que les dispositions attaquées outrepassent la compétence du Parlement en droit criminel, sans étudier la doctrine de la compétence accessoire.

#### VI. Principes et doctrines constitutionnels applicables

[182] Avant d’examiner le contenu des compétences législatives invoquées en l’espèce, il importe de rappeler l’existence et la portée de principes constitutionnels qui encadrent le fonctionnement du fédéralisme canadien. À l’occasion du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, la Cour s’est penchée sur ces principes. Elle en a dégagé quatre qui sous-tendent l’ensemble de notre Constitution et son évolution : le constitutionnalisme et la primauté du droit; la démocratie; le respect des minorités; le fédéralisme (par. 48-82). Celui qui nous intéresse plus particulièrement dans la présente affaire est le fédéralisme. Suivant ce principe, les sphères de compétences des ordres de gouvernement au sein d’une fédération sont des pouvoirs coordonnés, et non subordonnés. En effet, le fédéralisme implique le respect des compétences respectives des deux niveaux de gouvernement (par. 56).

[183] Dans ce renvoi, notre Cour a aussi rappelé que le fonctionnement du fédéralisme canadien invitait parfois à l’application d’un principe

of subsidiarity in the arrangement of relationships between the legislative powers of the two levels of government. According to this principle, legislative action is to be taken by the government that is closest to the citizen and is thus considered to be in the best position to respond to the citizen's concerns (on the application of this principle in public law, see *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241, at para. 3). In *Reference re Secession of Quebec*, the Court expressed the opinion that "[t]he federal structure of our country also facilitates democratic participation by distributing power to the government thought to be most suited to achieving the particular societal objective having regard to this diversity" (para. 58). In taking this position, the Court recognized the possibility inherent in a federal system of applying the principle of subsidiarity, thereby enhancing its democratic dimension and democratic value added. Moreover, in *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, the majority warned against the asymmetrical effect of the doctrine of inter-jurisdictional immunity, observing that this doctrine could be seen as undermining the principle of subsidiarity (para. 45). In their view, the powers assigned in the *Constitution Act, 1867* to the provinces on the one hand and the central government on the other are largely consistent with the principle of subsidiarity. According to Professor Hogg, the broad interpretation that the Privy Council and this Court generally gave the provincial jurisdiction over property and civil rights is explained by their acceptance of the principle of subsidiarity (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 5-13). This principle is therefore an important component of Canadian federalism.

[184] In performing their function as interpreters of the law in the context of Canada's federal system, the Canadian courts have developed a number of doctrines based on constitutional principles, two of which could apply in the instant case: the double aspect doctrine and the ancillary powers doctrine. Because it can be difficult to legislate effectively within a rigid, formal framework, these two doctrines introduce a measure of flexibility

de subsidiarité dans l'aménagement des rapports entre les compétences législatives des deux ordres de gouvernement. Ce principe veut que l'intervention législative provienne de l'ordre de gouvernement qui est le plus proche du citoyen et qui est ainsi jugé le plus à même de répondre aux préoccupations de ce citoyen (sur l'application de ce principe en droit public, voir *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241, par. 3). À l'occasion du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour a en effet exprimé l'opinion que « [l]a structure fédérale de notre pays facilite aussi la participation à la démocratie en conférant des pouvoirs au gouvernement que l'on croit le mieux placé pour atteindre un objectif sociétal donné dans le contexte de cette diversité » (par. 58). Cette position reconnaît cette capacité propre à un régime de type fédéral à mettre en œuvre le principe de subsidiarité, ce qui accentue sa dimension et sa plus-value démocratiques. De plus, dans *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, la majorité s'est mise en garde contre l'effet asymétrique de la doctrine de la protection des compétences, notant que cette doctrine peut être considérée comme une menace au principe de subsidiarité (par. 45). La nature des compétences attribuées aux provinces d'une part et à l'autorité centrale d'autre part dans la *Loi constitutionnelle de 1867* serait largement conforme au principe de subsidiarité. Selon le Professeur Hogg, l'interprétation généreuse qu'ont généralement donnée le Conseil privé et notre Cour à la compétence provinciale en matière de propriété et droits civils s'explique par leur acceptation du principe de subsidiarité (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl.), p. 5-13). Ce principe constitue donc une composante importante du fédéralisme canadien.

[184] Dans leur rôle d'interprètes du droit, à l'occasion de la mise en œuvre du régime fédéral du Canada, les tribunaux canadiens ont élaboré un certain nombre de doctrines fondées sur les principes constitutionnels. Deux d'entre elles sont susceptibles de s'appliquer en l'espèce : le double aspect et la compétence accessoire. Parce qu'il est souvent difficile de légiférer efficacement dans un cadre formel rigide, ces deux doctrines

that enables governments at different levels to cooperate in pursuing their legislative mandates. The constitutional analysis required by these two doctrines involves identifying the *pith and substance* of the impugned statute or provisions. The identification of the pith and substance focusses on the rule applicable to the facts or conduct. The pith and substance is identified by considering both the rule's purpose and its effects: *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146, at paras. 53-54. Several expressions have been used to describe the purpose of a rule: "dominant purpose" (*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 29), "leading feature or true character" (*R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at pp. 481-82), and "dominant or most important characteristic" (*Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at pp. 62-63). We will use the expression "dominant purpose", which incorporates all the necessary nuances.

[185] Activities, acts or conduct can sometimes be viewed from different normative perspectives, one relating to a federal power and the other to a provincial power. Where this is the case, the double aspect doctrine is engaged: *Siemens v. Manitoba (Attorney General)*, 2003 SCC 3, [2003] 1 S.C.R. 6, at para. 22; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113; *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Reference re Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004, at p. 1074; *Robinson v. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 753; *Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] S.C.R. 570; *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348 (P.C.); *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for the Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189 (P.C.);

introduisent un élément de souplesse qui permet aux ordres de gouvernement de poursuivre leur mission législative respective dans un esprit de coopération. L'analyse constitutionnelle qui commandent ces deux doctrines se fonde sur la détermination du *caractère véritable* de la loi ou des dispositions contestées. On détermine le caractère véritable en examinant la norme qui régit les faits ou les conduites. Ce caractère est déterminé par l'examen de l'objet de la norme et de ses effets : *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146, par. 53-54. Plusieurs expressions sont utilisées pour décrire l'objet de la norme : « objet principal » (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 29), « idée maîtresse » (*R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, p. 481-482), ou encore, « caractéristique principale ou la plus importante » (*Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, p. 62-63). Nous utiliserons l'expression « objet principal », qui capte toutes les nuances requises.

[185] Des activités, actes ou comportements peuvent parfois être appréhendés suivant des perspectives normatives différentes, l'une relevant d'une compétence fédérale, l'autre d'une compétence provinciale, auquel cas, la doctrine du double aspect entre en jeu : *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, 2003 CSC 3, [2003] 1 R.C.S. 6, par. 22; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113; *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004, p. 1074; *Robinson c. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 753; *Attorney-General for Ontario c. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] R.C.S. 570; *Smith c. The Queen*, [1960] R.C.S. 776; *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348 (C.P.); *Attorney-General of*

*Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (P.C.); *Papp v. Papp*, [1970] 1 O.R. 331 (C.A.).

*Ontario c. Attorney-General for the Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189 (C.P.); *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (C.P.); *Papp c. Papp*, [1970] 1 O.R. 331 (C.A.).

[186] Where the pith and substance of a rule set out in a statute considered as a whole is connected with an exclusive power of the other level of government, the statute is necessarily invalid.

[186] Lorsque le caractère véritable de la norme énoncée dans la loi, considérée dans son ensemble, se rattache à une compétence exclusive de l'autre ordre de gouvernement, cette loi est forcément invalide.

[187] Where the connection with a power is challenged in respect of only one or more provisions of the statute, the court must inquire into whether another doctrine — the ancillary powers doctrine — applies. The analytical approach to applying this doctrine has been well established in Canadian law since *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, in which Dickson C.J. proposed and justified the approach in the following words:

[187] Si le rattachement à une compétence n'est contesté qu'à l'égard d'une ou plusieurs dispositions de la loi, il faut se demander si une autre doctrine — celle de la compétence accessoire — s'applique. La méthode d'analyse suivie pour l'application de cette doctrine est établie dans notre droit depuis l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, où le juge en chef Dickson l'énonce et la justifie comme suit :

The steps in the analysis may be summarized as follows: First, the court must determine whether the impugned provision can be viewed as intruding on provincial powers, and if so to what extent (if it does not intrude, then the only possible issue is the validity of the act). Second, the court must establish whether the act (or a severable part of it) is valid; in cases under the second branch of s. 91(2) this will normally involve finding the presence of a regulatory scheme and then ascertaining whether that scheme meets the requirements articulated in *Vapor Canada*, *supra*, and in *Canadian National Transportation*, *supra*. If the scheme is not valid, that is the end of the inquiry. If the scheme of regulation is declared valid, the court must then determine whether the impugned provision is sufficiently integrated with the scheme that it can be upheld by virtue of that relationship. This requires considering the seriousness of the encroachment on provincial powers, in order to decide on the proper standard for such a relationship. If the provision passes this integration test, it is *intra vires* Parliament as an exercise of the general trade and commerce power. If the provision is not sufficiently integrated into the scheme of regulation, it cannot be sustained under the second branch of s. 91(2). I note that in certain cases it may be possible to dispense with some of the aforementioned steps if a clear answer to one of them will be dispositive of the issue. For example, if the provision in question has no relation to the regulatory scheme then the question of its validity may be quickly answered on that ground

Les étapes de l'analyse peuvent être résumées de la façon suivante : premièrement, la cour doit déterminer si la disposition contestée peut être considérée comme empiétant sur les pouvoirs provinciaux et, dans l'affirmative, dans quelle mesure (si elle ne constitue pas un empiètement, la seule question possible est alors celle de la validité de la loi). Deuxièmement, la cour doit établir si la loi (ou une partie séparable de celle-ci) est valide; dans les cas visés par le deuxième aspect du par. 91(2), cela comportera normalement l'identification d'un système de réglementation et la vérification de sa conformité aux conditions formulées dans les arrêts *Vapor Canada* et *Transports Nationaux du Canada*, précités. Si le système est invalide, l'examen prend fin ici. Si on conclut à la validité du système, la cour doit alors déterminer si la disposition contestée est suffisamment intégrée au système pour pouvoir être maintenue en raison de ce rapport. Cela exige de la cour qu'elle examine la gravité de l'empiètement sur les pouvoirs provinciaux pour décider du critère qu'il convient d'appliquer à un tel rapport. Si la disposition respecte ce critère d'intégration, elle est conforme à la compétence du Parlement en tant qu'exercice de son pouvoir général en matière d'échanges et de commerce. Si la disposition n'est pas suffisamment intégrée au système de réglementation, elle ne peut être maintenue en vertu du deuxième aspect du par. 91(2). Je souligne que, dans certains cas, il est possible de passer outre à certaines étapes déjà mentionnées si une réponse claire à l'une d'entre elles décide du litige. Par exemple, si la disposition en question n'a

alone. The approach taken in a number of past cases is more easily understood if this possibility is recognized. [pp. 671-72]

This test was restated in *Kitkatla Band*, at para. 58, and in *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, 2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302, at para. 21.

[188] As a result of some clarifications made in *Canadian Western Bank*, at para. 32, regarding the doctrine of interjurisdictional immunity, we now prefer — rather than speaking of an “encroachment”, as in *General Motors, Kirkbi* and *Kitkatla Band* — to use the word “overflow” when discussing the ancillary powers doctrine. As this Court noted in *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783, laws may validly overflow from the jurisdiction of the government that enacted them so long as the overflow remains ancillary. Because the word “encroachment” evokes the effects of a statute or of provisions on a purpose falling within the core of a power of the other level of government, it is more appropriately linked with the doctrine of interjurisdictional immunity, which concerns the applicability of laws, not their validity.

[189] According to the approach adopted in *General Motors*, the first step is to identify the pith and substance (purpose and effects) of the impugned provisions. If the pith and substance falls within the jurisdiction of the other level of government, the extent of the overflow must be assessed. It must then be determined whether the provisions that overflow from the jurisdiction of the government that enacted them form part of an otherwise valid statute. Finally, the impugned provisions must be considered in the context of the entire statute in order to determine whether they are sufficiently integrated with the other provisions of the otherwise valid statute.

[190] It is important to identify the pith and substance of the impugned provisions as precisely as possible. A vague or general characterization of

aucun rapport avec le système de réglementation, il est alors possible de décider rapidement de sa validité en fonction de ce seul moyen. La méthode retenue dans un certain nombre de décisions antérieures se comprend plus facilement si cette possibilité est admise. [p. 671-672]

L'analyse a été reprise dans *Bande Kitkatla*, par. 58, et dans *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302, par. 21.

[188] À la suite des précisions apportées dans *Banque canadienne de l'Ouest*, au par. 32, au sujet de la doctrine de la protection des compétences, au lieu d'employer le terme « empiètement », comme dans *General Motors, Kirkbi* et *Bande Kitkatla*, nous préférons plutôt retenir le mot « débordement » lors de l'étude de la doctrine de la compétence accessoire. En effet, comme l'a reconnu notre Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.S.C. 783, une loi peut valablement déborder le champ de compétence de l'ordre qui l'adopte si ce débordement conserve un caractère accessoire. Parce qu'il évoque les effets d'une loi ou de dispositions sur un objet relevant du cœur de la compétence d'un autre ordre, le terme « empiètement » convient plutôt à la doctrine de la protection des compétences exclusives, doctrine qui concerne l'applicabilité des lois, et non leur validité.

[189] Selon la démarche établie dans *General Motors*, il faut d'abord déterminer le caractère véritable (objet et effets) des dispositions contestées. S'il relève de l'autre ordre de gouvernement, il faut évaluer l'étendue du débordement. Il faut ensuite vérifier si les dispositions qui débordent de la compétence de l'ordre qui les a adoptées s'insèrent dans une loi par ailleurs valide. Finalement, on doit considérer les dispositions attaquées dans le contexte de l'ensemble de la loi pour déterminer si elles sont suffisamment intégrées aux autres dispositions de la loi par ailleurs valides.

[190] Il importe de déterminer avec le plus de précision possible le caractère véritable des dispositions contestées. Une formulation floue ou

the pith and substance could have perverse effects on more than one level: first on the connection with an exclusive power and then on the extent of the overflow. For example, a finding that a provision is in pith and substance in relation to health or to the environment would be problematic. Those subjects are so vast and have so many aspects that, depending on the angle from which they are approached, they can support the exercise of legislative powers of either level of government. It is therefore necessary to take the analysis further and determine what aspect of the field in question is being addressed. Logically, except in cases of highly specific powers, the pith and substance of a provision or a statute will be less general than that of the power itself. If the characterization of the pith and substance of a provision is too general, there is a danger of its being superficially connected with a power of the other level of government. Moreover, in such a case, because of the numerous aspects of the more general subject matters, the extent of the overflow will also necessarily be exaggerated. The identification of the pith and substance of a provision or a statute is therefore subject to the same requirement of precision as the identification of the purpose of a provision establishing a limit in the context of the infringement of a right in an analysis under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In both cases, properly identifying the purpose forms the cornerstone of the analysis (see *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721, at para. 21). If vague characterizations of the pith and substance of provisions were accepted, this could lead not only to the dilution of and confusion with respect to the constitutional doctrines that have been developed over the years, but also to an erosion of the scope of provincial powers as a result of the federal paramountcy doctrine.

[191] In sum, the need for precision in characterizing the pith and substance of a statute or a provision assumes greater importance where a connection must be made with a power whose limits are imprecise. In the event of uncertainty, it becomes

générale du caractère véritable pourrait avoir des conséquences perverses à plusieurs niveaux : d'abord sur le rattachement à une compétence exclusive, ensuite sur la portée du débordement. Par exemple, la conclusion que le caractère véritable d'une disposition la rattache à la santé ou à l'environnement serait problématique. En effet, ces sujets sont si vastes et comportent tellement d'aspects que, selon l'angle sous lequel ils sont abordés, ils peuvent justifier l'exercice des compétences législatives de l'un ou de l'autre des deux ordres de gouvernement. Il faut donc pousser l'analyse plus loin et vérifier quel aspect du domaine est visé. En toute logique, sauf pour les cas des compétences très particulières, le caractère véritable d'une disposition ou d'une loi se situe forcément à un niveau de généralité inférieur à celui de la compétence. De même, si l'on formule le caractère véritable d'une disposition de façon trop générale, l'on risque de rattacher superficiellement le caractère véritable de cette disposition à une compétence de l'autre ordre de gouvernement. De plus, dans un tel cas, en raison des nombreuses facettes que présentent les matières plus générales, l'importance du débordement ne peut être qu'également artificiellement gonflée. La détermination du caractère véritable d'une disposition ou d'une loi est donc soumise à la même exigence de précision que celle de l'objectif d'une mesure limitative dans le contexte de la justification d'une atteinte à un droit dans le cadre de l'analyse en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans les deux cas, la détermination adéquate de l'objectif constitue la pierre d'assise de l'analyse (voir *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721, par. 21). L'acceptation d'une formulation floue du caractère véritable d'une disposition entraînerait un risque non seulement de dilution et de confusion des doctrines constitutionnelles élaborées au fil des ans, mais aussi d'érosion du champ d'action des compétences provinciales en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale.

[191] En somme, la détermination précise du caractère véritable d'une loi ou d'une disposition revêt plus d'importance lorsque le rattachement doit se faire à une compétence aux contours imprécis. En cas d'incertitude, il faut alors s'en remettre

necessary to turn to the broader, unwritten rules that serve as the basis of and provide a framework for Canadian federalism, and the crucial role of which we have already noted.

[192] Despite its importance, the identification of the pith and substance remains only one part of the first step in applying the ancillary powers doctrine. It is also necessary to assess the extent of the overflow. This assessment becomes particularly important at the final step of the analysis because, if the provisions — considered in isolation — would be *ultra vires* the legislature that enacted them, the court must review the extent to which they are integrated into the otherwise valid statute of which they form a part. This review must make it possible to establish a relationship between the extent of the jurisdictional overflow and the importance of the provisions themselves within the statute of which they form a part. There are two applicable concepts: rationality — or simple functionality, to use the language from *General Motors* — and necessity.

[193] The need to maintain the balance resulting from the division of legislative powers provided for in the *Constitution Act, 1867* justifies the adoption of a variable test. In the words of Dickson C.J. in *General Motors*, “[a]s the seriousness of the [overflow into] provincial powers varies, so does the test required to ensure that an appropriate constitutional balance is maintained” (p. 671). Thus, although the fact that a provision is functionally integrated into valid legislation is enough for a finding of validity in the case of provisions that, viewed in isolation, overflow only slightly from the legislative authority of the government that enacted them, provisions that greatly exceed that authority would have to meet the test of necessity. In other words, the more necessary the provisions are to the effectiveness of the rules set out in the part of the statute that is not open to challenge, the greater the acceptable overflow will be.

[194] The Attorney General of Canada does not follow the approach established in *General Motors*, according to which the impugned provisions must

aux principes non écrits plus larges qui fondent et structurent l’ordre constitutionnel canadien et dont nous avons déjà rappelé le rôle capital.

[192] Malgré son importance, la détermination du caractère véritable ne constitue qu’un volet de la première étape de l’application de la doctrine de la compétence accessoire. Il faut aussi évaluer le débordement. Cette évaluation est particulièrement importante à la dernière étape de l’analyse, car dans le cas de dispositions qui, isolément, ne relèveraient pas de l’autorité législative qui les a adoptées, il faut étudier leur intégration à la loi par ailleurs valide dont elles font partie. L’examen doit permettre d’établir un rapport entre l’étendue du débordement de compétence et l’importance des dispositions elles-mêmes au sein de la loi dont elles font partie. Deux notions s’appliquent : rationalité — ou plutôt simple fonctionnalité, selon le vocabulaire utilisé dans *General Motors* — et nécessité.

[193] L’adoption d’un critère à géométrie variable est justifiée par la nécessité de maintenir l’équilibre établi par le partage des pouvoirs législatifs dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme l’écrit le juge en chef Dickson dans *General Motors* : « Puisque la gravité [du débordement] sur les pouvoirs provinciaux varie, il en va de même du critère requis pour maintenir un équilibre constitutionnel approprié » (p. 671). En conséquence, si l’existence d’un rapport fonctionnel avec un texte législatif valide suffit pour valider des dispositions qui, isolément, ne déborderaient que légèrement la compétence législative de l’ordre de gouvernement qui les a adoptées, le critère de nécessité s’applique aux dispositions qui excéderaient largement cette compétence. En d’autres termes, plus les dispositions seront nécessaires à l’efficacité des normes figurant dans la partie non contestable de la loi, plus la marge de tolérance du débordement sera grande.

[194] Au lieu de suivre la démarche établie dans *General Motors* qui commande d’examiner d’abord les dispositions contestées, le procureur général du

be considered first. Instead, he proposes beginning with an analysis of the legislation as a whole. He had proposed this same approach in *General Motors* (p. 666): to begin by reviewing the legislative framework established in the *Combines Investigation Act* and then to analyse the impugned provision itself. The Court rejected that approach (pp. 666-67). Nevertheless, the Chief Justice takes it in the case at bar. With all due respect, the approach in question does not make it possible to identify the pith and substance of the impugned provisions. In our view, the *General Motors* test is grounded in logic. As Dickson C.J. wrote, “in answering this initial question the court is considering the provision on its own and not assessing the act” (p. 667). The purpose of one provision may very well be to prohibit cloning whereas the purpose of another is the regulation of insemination. Since the purposes and effects of a statute’s many provisions can be different, it is important to consider the impugned provisions separately before considering their connection with the other provisions of the statute.

[195] The Chief Justice applies three criteria to justify the overflow from federal jurisdiction. In *General Motors*, Dickson C.J. did in fact identify three factors that justified the impugned overflow in that case: the provision was a remedial one, such overflows were not unprecedented, and the overflow in that case was limited. We do not believe that these factors can be applied automatically without reference to the context, however. Indeed, it would be surprising if a past overflow from the jurisdiction of one level of government could serve to justify subsequent overflows without eroding the heads of power concerned. It is necessary in every case to take into account the observable tangible effects of the impugned provisions on the relevant heads of power.

[196] In short, care must be taken to maintain the constitutional balance of powers at all stages of the constitutional analysis. Be it in identifying the pith and substance of a statute or a provision or in reviewing the limits of an assigned power or of the exercise of an ancillary power, the courts must

Canada propose de commencer par l’analyse de l’ensemble de la loi. C’est ce qu’il avait aussi proposé dans *General Motors* (p. 666) : étudier d’abord le cadre législatif établi dans la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* puis analyser la disposition contestée elle-même. Notre Cour a rejeté cette approche (p. 666-667). La Juge en chef la retient pourtant. Avec le respect que nous lui devons, cette approche ne permet pas de discerner le caractère véritable des dispositions contestées. À notre avis, la grille d’analyse appliquée dans *General Motors* est logique. Par conséquent, comme l’écrit le juge en chef Dickson, « en répondant à cette question initiale la cour examine la disposition en elle-même et non la loi » (p. 667). Une disposition peut très bien avoir pour objet la prohibition du clonage, alors qu’une autre régleme la insémination. Puisque l’objet et l’effet des nombreuses dispositions d’une loi peuvent être différents, il importe d’étudier les dispositions contestées séparément, avant d’examiner le lien qu’elles entretiennent avec les autres dispositions de la loi.

[195] Par ailleurs, la Juge en chef recourt à trois critères pour justifier le débordement de la compétence fédérale. Dans *General Motors*, le juge en chef Dickson a bien identifié trois éléments qui, dans cette affaire, justifiaient le débordement contesté : la disposition avait un caractère réparateur, de tels débordements avaient déjà eu lieu dans le passé et le débordement dans cette affaire était limité. Or, nous ne croyons pas que ces éléments puissent s’appliquer d’emblée indépendamment du contexte. D’ailleurs, il serait étonnant que le débordement antérieur par un ordre de gouvernement puisse excuser un débordement ultérieur sans qu’il n’en résulte une érosion des chefs de compétence en cause. Il faut dans chaque espèce tenir compte des effets concrets et observables qu’ont les dispositions en cause sur les compétences législatives pertinentes.

[196] En somme, le souci du maintien de l’équilibre fédératif doit être présent à chacune des étapes de l’analyse constitutionnelle. Que ce soit à l’occasion de la détermination du caractère véritable d’une loi ou d’une disposition ou au moment de l’examen des limites d’une compétence attribuée

bear the importance of the unwritten constitutional principles in mind and must adhere to them.

[197] Having reviewed the constitutional principles that may apply in the instant case, we will now analyse the impugned provisions, which will require us to review the case law concerning the various heads of power being relied on by the parties.

#### VII. Analysis of the Impugned Provisions

[198] The constitutional question posed by the Attorney General of Quebec refers to ss. 8 to 19, 40 to 53, 60, 61 and 68 of the *AHR Act*. At first glance, one might think that the Attorney General of Quebec has carved up the *AHR Act*. However, a closer examination of his submissions shows that the question he posed relates to the provisions that do not impose an absolute prohibition and the ones concerning the application of those provisions.

##### A. *Pith and Substance of the Impugned Provisions*

[199] In accordance with the principles discussed above, this step in the constitutional analysis involves identifying the pith and substance of the impugned provisions. The pith and substance can be drawn from the purpose and the effects of the provisions. But this is only the first step. If this initial step of the analysis raises doubts regarding the validity of the impugned provisions, the analysis must be taken further so as to consider the connection between the provisions that are being challenged and those that are not. The Attorney General of Canada and the Attorney General of Quebec take diametrically opposed positions with respect to the pith and substance of the impugned provisions.

[200] It should be noted that, in the view of the Attorney General of Canada, all the provisions of the *AHR Act* pertain to “facets of the same novel reality, the artificial creation of human life”

ou de l'exercice d'une compétence accessoire, les tribunaux doivent se rappeler l'importance des principes constitutionnels non écrits et veiller à les respecter.

[197] Après avoir examiné les principes constitutionnels susceptibles de s'appliquer en l'espèce, nous passons maintenant à l'analyse des dispositions contestées, ce pour quoi il nous faut revoir les arrêts portant sur les différents chefs de compétence invoqués par les parties.

#### VII. Analyse des dispositions contestées

[198] La question constitutionnelle posée par le procureur général du Québec renvoie aux art. 8 à 19, 40 à 53, 60, 61 et 68 de la *LPA*. À première vue, on pourrait penser que le procureur général du Québec a procédé à un découpage de la *LPA*. Cependant, un examen plus attentif de ses moyens fait ressortir que la question qu'il pose vise les dispositions qui ne comportent pas d'interdiction totale ainsi que celles qui prévoient leur mise en application.

##### A. *Caractère véritable des dispositions contestées*

[199] Conformément aux principes décrits précédemment, cette étape de l'analyse constitutionnelle consiste à déterminer le caractère véritable des dispositions contestées. Ce caractère peut être dégagé de l'objet et des effets des dispositions. Toutefois, il ne s'agit que d'une première étape. Si la conclusion de cette première analyse suscite des doutes quant à la validité des dispositions contestées, il y a lieu de pousser l'analyse en considérant le rattachement des dispositions contestées à celles qui ne le sont pas. Le procureur général du Canada et le procureur général du Québec défendent des thèses diamétralement opposées en ce qui concerne le caractère véritable des dispositions contestées.

[200] Rappelons que, pour le procureur général du Canada, toutes les dispositions de la *LPA* concernent « autant de facettes d'une même réalité, nouvelle et inédite, la création artificielle de la vie

(Factum, at para. 41). The *AHR Act* contemplates “a range of practices that are all related to that activity, and that all pose risks to the fundamental values of public morality and health underlying this mix of concerns” (para. 46). The context of the creation of life transcends the field of medical practice. According to the Attorney General of Canada, most of the provisions held by the Court of Appeal to be invalid have nothing to do with the practice of medicine, and none of them solely concern it.

[201] The Attorney General of Quebec states that what the Attorney General of Canada regards as an “exemption regime” amounts, on the contrary, to the regulation of an entire area of medicine and research in order to define its evolving framework and ensure safe, accessible health care. According to the Attorney General of Quebec, the impugned provisions affect the health-care services needed to treat infertility, the regulation of health-care specialists who provide those services, the doctor-patient relationship and the rights and obligations arising out of that relationship. In his opinion, all these matters fall indisputably within the provinces’ power to make laws in relation to hospitals, education, civil rights and matters of a local or private nature.

(1) Purpose of the Provisions

[202] The words of the statute itself can of course be of assistance in the identification of the purpose of impugned provisions. However, the context of the enactment of the statute often reveals as much as, if not more than, the words used. It is both appropriate and necessary to review the context as part of the statutory interpretation process, in constitutional as well as in other matters (*Reference re Firearms Act*, at para. 17). We must therefore go back to the Baird Commission’s studies and the extensive work that followed, as well as to the bills that preceded the enactment of the *AHR Act*. It should be borne in mind that the Baird Commission had a very broad mandate. It was asked to “report on current and potential medical and scientific developments related to new reproductive

humaine » (mémoire, par. 41). La *LPA* vise « un ensemble de pratiques, toutes liées à ce domaine d’activités et présentant toutes des risques de préjudice aux valeurs fondamentales de moralité et de santé publiques qui sous-tendent cet amalgame de préoccupations » (par. 46). Le contexte de la création de la vie déborde le cadre de la pratique médicale. De l’avis du procureur général du Canada, la plupart des dispositions jugées invalides par la Cour d’appel n’ont aucun lien avec la pratique de la médecine et aucune d’elles ne concerne uniquement cette question.

[201] Ce qui, pour le procureur général du Canada, constitue un régime d’exceptions représente au contraire, pour le procureur général du Québec, une réglementation d’un secteur complet de la médecine et de la recherche afin d’en définir le cadre évolutif et d’assurer des soins de santé sûrs et accessibles. Selon le procureur général du Québec, les dispositions contestées touchent à la prestation des soins de santé requis pour traiter l’infertilité, à la surveillance des spécialistes de la santé qui dispensent ces soins, à la relation médecin-patient ainsi qu’aux droits et aux obligations créés par cette relation. À son avis, tous ces sujets relèvent incontestablement de la compétence des provinces sur les hôpitaux, l’éducation, les droits civils et les matières d’une nature locale ou privée.

(1) Objet des dispositions

[202] Le texte de la loi est certes utile pour bien cerner l’objet de dispositions contestées. Cependant, le contexte de son adoption est souvent aussi révélateur, sinon davantage, que les mots utilisés. L’examen du contexte joue un rôle légitime et nécessaire dans l’interprétation législative, y compris en matière constitutionnelle (*Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, par. 17). Il faut donc retourner aux études de la Commission Baird et aux nombreux travaux qui ont suivi, de même qu’aux projets de loi qui ont précédé l’adoption de la *LPA*. On se souviendra que la Commission Baird avait reçu un mandat très large. Elle devait « présenter un rapport sur les progrès actuels et prévisibles de la science et de la médecine en matière de techniques nouvelles de reproduction, sur le plan de

technologies, considering in particular their social, ethical, health, research, legal and economic implications and the public interest” (P.C. 1989-2150). To appreciate the scope of the subjects it addressed in its work, one need only name a few of the topics it discussed: the costs of new reproductive technologies, the appropriate allocation of resources, monitoring of the quality of care, research into risk factors and the prevention of infertility, and a study on adoption systems in Canada.

[203] The Baird Commission made recommendations that would require action by a large number of stakeholders, including the federal government, provincial and territorial governments and certain professional organizations. It first recommended that the federal government use its criminal law power to prohibit activities that are fundamentally incompatible with the values of Canadian society:

We have judged that certain activities conflict so sharply with the values espoused by Canadians and by this Commission, and are so potentially harmful to the interests of individuals and of society, that they must be prohibited by the federal government under threat of criminal sanction. [p. 1022]

[204] Regarding the controlled activities, the Baird Commission considered that national standards were required. It took the view that Parliament could rely on the peace, order and good government power to act in this regard (p. 19). It summarized its position as follows:

In summary, the significance of research, development, and use of new reproductive technologies for Canadian society as a whole; the national as well as international character of the issues involved; the inter-relatedness of their intra- and extraprovincial dimensions; and the potential effects of provincial failure to regulate the intraprovincial aspects of the subject, taken together, indicate the need for national uniformity in legislative treatment rather than provincial or regional diversity. To safeguard the individual and societal interests involved, we believe that regulation of new reproductive technologies must occur at the national level, although provincial and professional involvement will

leurs répercussions pour la santé et la recherche et de leurs conséquences morales, sociales, économiques et juridiques ainsi que pour le grand public » (C.P. 1989-2150). Pour saisir l’ampleur des sujets sur lesquels a porté son travail, il suffit de prendre connaissance de quelques-uns des thèmes abordés : coûts des nouvelles techniques de reproduction, utilisation judicieuse des ressources, contrôle de la qualité des soins, étude des facteurs de risque et des moyens de prévenir l’infertilité, et examen des régimes d’adoption au Canada, etc.

[203] La Commission Baird a adressé des recommandations à un grand nombre d’intéressés, dont le gouvernement fédéral, les gouvernements provinciaux et territoriaux et certains organismes professionnels. Dans un premier temps, elle a recommandé que le gouvernement fédéral utilise son pouvoir de légiférer en matière de droit criminel pour interdire des actes fondamentalement incompatibles avec les valeurs de la société canadienne :

Nous avons jugé que certaines activités sont tellement contraires aux valeurs chères à la population canadienne et à la Commission, et qu’elles peuvent nuire à un tel point aux intérêts des particuliers et de la société, qu’il est impérieux que le gouvernement fédéral prononce contre elles des interdictions assorties de peines au criminel. [p. 1159]

[204] Quant aux activités réglementées, la Commission Baird a estimé que leur assujettissement à des normes nationales s’imposait. Elle était d’avis que le Parlement pouvait intervenir en invoquant son pouvoir de légiférer pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement (p. 21). Elle a résumé ainsi sa position :

En résumé, l’importance de la recherche, du développement et de l’utilisation des nouvelles techniques de reproduction pour l’ensemble de la société canadienne, le caractère national aussi bien qu’international des questions en jeu, l’indissociabilité des dimensions intra et extraprovinciales et les conséquences éventuelles de l’absence de réglementation intraprovinciale pour les divers aspects des techniques de reproduction justifient l’adoption de mesures législatives uniformes au niveau national plutôt que des mesures provinciales ou régionales susceptibles de différer les unes des autres. Nous estimons que, pour sauvegarder les intérêts individuels et collectifs en cause, les nouvelles techniques de

be essential to the success of this endeavour. Only then will it be possible to overcome an increasing fragmentation of regulatory control and the difficulty of monitoring as practices and technologies expand and multiply.

The Commission therefore proposes that federal legislation be passed making some uses of the technologies illegal, thus establishing boundaries around what Canada considers acceptable use. [p. 22]

[205] The Baird Commission also recommended that the federal government set up a national body to oversee activities in the field of assisted human reproduction. According to its report, such a body would have to permit the creation and implementation of comprehensive and effective nationwide standards and monitoring devices. Such a system was considered preferable to a piecemeal federal reform carried out by individual departments. It would also be preferable to relying on individual responses by each province and territory, or on non-governmental or self-regulatory initiatives (pp. 112-13).

[206] It is clear that the Baird Commission wanted certain activities to be denounced and prohibited because, in its view, there was a consensus that they were reprehensible. But the Commission also wanted assisted human reproduction and related research activities to be regulated for the purpose of establishing uniform standards that would apply across Canada. Thus, it can be seen that the distinction drawn in the *AHR Act* between prohibited activities and controlled activities corresponds to the two distinct categories of activities for which the Baird Commission recommended two distinct approaches with different purposes.

[207] The concern the Baird Commission expressed about the prohibited activities reappeared at every stage of the process leading up to the enactment of the *AHR Act*. Thus, in 1995, Health Canada announced a moratorium on certain reproductive technologies and practices (News Release 1995-57). The moratorium applied to many of the activities that would subsequently be prohibited in the

reproduction doivent être réglementées au niveau national, bien qu'il demeure essentiel d'avoir le soutien des provinces et des organismes professionnels pour assurer le succès de cette réglementation. C'est la seule façon d'empêcher la désarticulation de la réglementation et de surmonter le problème du contrôle dans un domaine où les pratiques et les techniques ne cessent de se développer et de se multiplier.

La Commission propose par conséquent que le pouvoir fédéral légifère pour interdire certaines utilisations des techniques visées et, ce faisant, pour fixer les limites de ce que le Canada estime acceptable. [p. 24]

[205] La Commission Baird a recommandé par ailleurs au gouvernement fédéral d'établir un organisme national de contrôle des activités de procréation assistée. Selon son rapport, un tel organisme devait permettre d'établir et d'appliquer partout au pays des normes et des mesures de contrôle globales et efficaces. Un tel système était jugé préférable à une réforme fédérale ponctuelle mise en œuvre par des ministères. Cela valait mieux que de miser sur des mesures prises par chaque province et territoire, sur des initiatives non gouvernementales ou sur l'autoréglementation (p. 129).

[206] Il est clair que la Commission Baird visait, d'une part, à dénoncer et interdire certains actes parce que, selon elle, leur caractère répréhensible faisait consensus. D'autre part, elle souhaitait l'encadrement de l'aide à la procréation et de la recherche connexe afin d'établir des normes uniformes pour l'ensemble du Canada. On constate donc que la distinction établie dans la *LPA* entre actes interdits et activités réglementées correspond bien à ces deux catégories distinctes d'actes ou d'activités pour lesquels la Commission Baird recommandait autant d'approches différenciées visant des objectifs différents.

[207] La préoccupation de la Commission Baird concernant les actes interdits apparaît à toutes les étapes antérieures à l'adoption de la *LPA*. Ainsi, en 1995, Santé Canada a établi un moratoire sur certaines techniques et pratiques de reproduction (Communiqué 1995-57). Ce moratoire s'appliquait à une grande partie des actes qui ont ultérieurement été interdits dans la *LPA*. Par ailleurs, quelques

*AHR Act*. A few months after the announcement of the moratorium, a discussion group on embryo research that had been set up by the federal government submitted a report to Health Canada. This group recommended that the criminal law be used to prohibit certain activities, but that other activities simply be regulated. In its report, it gave the following justification for the alternative approach it was proposing for those other activities:

This form of legislative intervention is best suited to precise, yet flexible control of an activity where the objective is to set standards of activity (as distinguished from standards of behavior).

(*Research on Human Embryos in Canada* (1995), at p. 26)

[208] The first bill on assisted human reproduction was introduced in 1996 (C-47). It included the main prohibitory provisions now found in the *AHR Act*. For example, payment for surrogacy was prohibited, but there was no provision like the one that exists today to the effect that a surrogate mother could be reimbursed for her expenditures. As well, the use of genetic material without the donor's consent was prohibited, but the terms of consent were not regulated. The next two bills took the form of proposed amendments to the *Criminal Code* (C-247, C-336). Like the one that preceded them, these bills provided only for prohibitions.

[209] When considered in parallel with the adoption of a moratorium and the tabling of three successive bills that related to only certain of the prohibited activities, the statements by the Baird Commission and the 1995 discussion group that the objective in regulating assisted reproductive activities was to establish national standards confirms that the purpose of the current legislative provisions concerning the prohibited activities must be distinguished from that of the provisions concerning the controlled activities. The former concern what were considered to be reprehensible activities that fell within the ambit of the criminal law, while the latter concern activities that were not to

mois après l'annonce du moratoire, un groupe de discussion sur la recherche relative aux embryons, mis sur pied par le gouvernement fédéral, a présenté son rapport à Santé Canada. Ce groupe a recommandé de recourir au droit criminel pour prohiber certains actes et d'établir un simple cadre réglementaire pour d'autres activités. Dans son rapport, le groupe justifiait comme suit l'approche différente proposée pour ces autres activités :

Cette forme d'intervention législative convient le mieux pour assurer un contrôle précis, quoique souple, d'une activité lorsque l'objectif visé est d'établir des standards pour celle-ci (à ne pas confondre avec les normes comportementales).

(*Recherche sur l'embryon humain au Canada* (1995), p. 29)

[208] Le premier projet de loi sur la procréation assistée a été déposé en 1996 (C-47). Il contenait les principales dispositions prohibitives que nous retrouvons à la *LPA*. Par exemple, la rétribution de la mère porteuse était interdite, mais aucune disposition ne prévoyait, comme maintenant, que cette dernière pourrait être remboursée des frais qu'elle a pu supporter. De plus, l'utilisation du matériel génétique sans le consentement du donneur était défendue sans que les modalités du consentement ne soient établies par règlement. Les deux projets de loi suivants ont pris la forme de projets de modification du *Code criminel* (C-247, C-336). Comme celui qui les a précédés, ces projets ne comportaient que des prohibitions.

[209] Les affirmations de la Commission et du groupe de discussion de 1995 que l'objectif de la réglementation des activités liées à la procréation assistée est l'établissement de normes nationales viennent confirmer, si on les examine en parallèle avec l'adoption d'un moratoire et le dépôt de trois projets de loi consécutifs ne portant que sur certains actes interdits, que l'objet des mesures législatives actuelles portant sur les actes interdits doit être distingué de celui des dispositions relatives aux activités réglementées. Les actes visés dans le premier cas sont présentés comme des actes répréhensibles qui tombent sous le coup du droit criminel. Par contre, les activités visées dans le second cas

be prohibited, since they were considered acceptable or even legitimate (Baird Report, at pp. 86, 109 and 140). However, these last activities were to be subject to national standards.

[210] The way the *AHR Act* is drafted makes it clear that the dichotomy between reprehensible activities and desirable ones is embodied in the coexistence of two distinct schemes and that Parliament therefore adopted the two recommendations of the Baird Commission unconditionally. From this perspective, there appears to be a perfect correspondence between the recommendations and the legislation. The principles that supposedly guided Parliament and that are set out in s. 2 include the formal statement that certain practices “raise health and ethical concerns that justify their prohibition” (para. (f)). Parliament also declared (at para. (b)) that

the benefits of assisted human reproductive technologies and related research for individuals, for families and for society in general can be most effectively secured by taking appropriate measures for the protection and promotion of human health, safety, dignity and rights in the use of these technologies and in related research;

[211] The Act contains, on the one hand, a list of prohibited activities. The evidence shows that Parliament could consider these activities unacceptable on the basis of the Baird Report, the discussion group’s comments on embryo research and the work of Health Canada. As we mentioned above, these activities include human cloning (s. 5(1)(a)) and creating an embryo for any purpose other than creating a human being (s. 5(1)(b)). Moreover, although both the prohibited and the controlled activities involve the manipulation of genetic material, most of the prohibited activities cannot be considered to be acts connected with assisted human reproduction. On the other hand, the evidence also shows that the same authorities recognized that some assisted reproductive technologies are beneficial to society and should accordingly be supported, although they also need to be regulated. Finally, some of these technologies, such as transplanting sperm into a woman’s body and *in vitro* fertilization, have been used for over 25 years.

ne doivent pas être interdites, car on les tient pour acceptables et même légitimes (Rapport Baird, p. 99, 125 et 158). Toutefois, on veut assujettir ces activités à des normes nationales.

[210] En fait, il devient évident à la lecture de la *LPA* que la dichotomie actes répréhensibles et activités souhaitables est consacrée par la coexistence de deux régimes distincts et que le Parlement a donc retenu sans réserve les deux recommandations de la Commission Baird. Sous cet angle, la correspondance entre les recommandations et la loi paraît totale. Les principes censés guider le Parlement et énoncés à l’art. 2 précisent formellement que certaines pratiques « soulèvent des questions de santé et d’éthique qui en justifient l’interdiction » (al. f)). Par ailleurs, le Parlement déclare aussi (al. b)) que

la prise de mesures visant à la protection et à la promotion de la santé, de la sécurité, de la dignité et des droits des êtres humains constitue le moyen le plus efficace de garantir les avantages que présentent pour les individus, les familles et la société en général, la procréation assistée et la recherche dans ce domaine;

[211] Dans la loi, on trouve, d’une part, une liste d’actes interdits. La preuve révèle que le Parlement pouvait les considérer comme inacceptables, et ce, en prenant appui sur le Rapport Baird, sur les observations du groupe de discussion sur la recherche relative aux embryons et sur les travaux de Santé Canada. Ces actes, rappelons-le, sont par exemple le clonage humain (al. 5(1)a)) et la création d’embryon à des fins autres que la création d’un être humain (al. 5(1)b)). D’ailleurs, même si les actes interdits et les activités réglementées ont en commun la manipulation de matériel génétique, la plupart des actes interdits ne sauraient être considérés comme des actes liés à la procréation assistée. D’autre part, la preuve révèle également que les mêmes autorités reconnaissent que plusieurs techniques de procréation assistée présentent des avantages pour la société et, de ce fait, doivent être soutenues, mais également encadrées. Enfin, plusieurs de ces techniques ont cours depuis plus d’un quart de siècle, comme l’implantation de spermatozoïdes dans le corps de la femme et la fécondation *in vitro*.

[212] Both the Attorney General of Canada and the Attorney General of Quebec filed excerpts from Hansard and expert reports dating from after the enactment of the *AHR Act* that describe how the social context and assisted human reproductive technologies have evolved since the time of the Baird Commission and the discussion group. Several reports show clearly that assisted human reproduction has now grown more important. For example, Dr. Jeff Nisker explains that the need to have recourse to these technologies has increased because many women now put off the decision to have children until they are in their 30s or 40s, that is, at a stage in their lives when their fertility may be reduced owing to physiological or environmental factors (*Quebec Challenge to Assisted Human Reproduction Act* (2006), at pp. 12-13). Dr. François Bissonnette (*La procréation médicalement assistée au Canada et au Québec — Survol et enjeux* (2006), at p. 7) also discusses the history of assisted human reproductive technologies, and he notes that the scientific community regards infertility as a pathological problem (p. 4). He adds that the first sperm banks date back to the early 1960s. He reports that, as of 2006, nearly 300,000 births worldwide could be attributed to the use of such technologies. Thus, the witnesses do not see assisted human reproductive technologies as a social “evil”, but as a “solution” to reproductive problems caused by pathological or physiological factors.

[213] In short, while it is true that certain groups in Canadian society are opposed to assisted human reproductive technologies and fundamentally challenge their legitimacy, the evidence shows that assisted human reproduction is usually regarded as a form of scientific progress that is of great value to individuals dealing with infertility problems. The same attitudes are adopted with respect to research into reproductive technologies. For the purposes of this appeal, there is no need to summarize the evidence on every field of research into new reproductive technologies. Suffice it to observe that no one has denounced research into assisted human reproduction on the basis that it is reprehensible. Despite the agreement that technologies related to assisted human reproduction need to be regulated, it is clear

[212] Les procureurs généraux du Canada et du Québec ont produit des extraits des débats parlementaires et des rapports d’experts postérieurs à l’adoption de la *LPA* qui décrivent l’évolution du contexte social et des techniques de procréation assistée depuis les travaux de la Commission Baird et du groupe de discussion. Plusieurs rapports font ressortir l’importance accrue de la procréation assistée de nos jours. Par exemple, le D<sup>r</sup> Jeff Nisker explique que le besoin de recourir à ces techniques est plus grand, car de nombreuses femmes reportent jusqu’à la trentaine ou à la quarantaine leur décision d’avoir des enfants, c’est-à-dire à une étape de leur vie où des facteurs physiologiques ou environnementaux peuvent diminuer leur fécondité (*Quebec Challenge to Assisted Human Reproduction Act* (2006), p. 12-13). Le D<sup>r</sup> François Bissonnette (*La procréation médicalement assistée au Canada et au Québec — Survol et enjeux* (2006), p. 7) fait lui aussi l’historique des techniques de procréation assistée et souligne que le monde scientifique considère l’infertilité comme un problème pathologique (p. 4). Il indique également que les premières banques de sperme datent du début des années 1960. Il rapporte qu’en 2006, on pouvait attribuer à l’utilisation de ces techniques près de 300 000 naissances survenues dans le monde. Les témoins ne voient donc pas dans les techniques de procréation assistée un « mal » social, mais bien une « solution » à des problèmes de procréation d’origine pathologique ou physiologique.

[213] En somme, s’il est vrai que certains groupes au sein de la société canadienne s’opposent aux techniques de procréation assistée et en contestent fondamentalement la légitimité, la preuve révèle que l’assistance à la procréation est le plus souvent perçue comme un progrès scientifique ayant une grande valeur pour les personnes souffrant d’infertilité. Les mêmes positions sont adoptées à l’égard de la recherche liée à ces techniques. Il n’est pas nécessaire, pour les besoins du présent pourvoi, de résumer la preuve portant sur chacun des domaines de la recherche sur les nouvelles techniques de procréation. Il suffit de rappeler que nul n’a dénoncé la recherche sur les techniques de procréation assistée en la tenant pour répréhensible. Malgré la reconnaissance du besoin d’un encadrement, la preuve

from the evidence that research into such technologies is considered to be not only desirable, but necessary. Thus, Dr. Roger Gosden, in testifying before the Standing Committee on Health on May 17, 2001 (at 11:40 (online)), stressed the important role that research plays in enhancing our understanding of the causes of infertility, improving the success rate of infertility treatments and avoiding inherited diseases.

[214] In the course of the debate in Parliament, particular attention was devoted to research involving transgenics. Some members suggested that such research be prohibited rather than being regulated (as it is under s. 11 of the *AHR Act*). In responding to two proposed amendments, Health Canada representatives explained that such an approach would not be desirable.

[215] Regarding a proposal for a total ban on transgenics, the chair of the Standing Committee on Health asked Rodney Ghali, a science policy analyst from the Special Projects Division of the Department of Health, what the impact of prohibiting all transgenic research would be. Mr. Ghali answered that research in this huge field, which is beneficial for all Canadians, included research into cancer, Huntington's disease and other diseases of the nervous system. The proposed amendment was rejected (House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Health*, No. 013, 2nd Sess., 37th Parl., December 9, 2002, at 10:25-10:35 (online)).

[216] Similarly, in response to a motion to amend that would have resulted in a ban on transgenics, Jeannot Castonguay, the Parliamentary Secretary to the then Minister of Health, explained in the House of Commons that such a ban "would have the effect of immediately, and permanently, putting an end to the efforts of numerous Canadian researchers and laboratories to develop therapies for the treatment of a number of dread diseases, among them cancer and Alzheimer's" (*House of Commons Debates*, vol. 138, No. 072, 2nd Sess., 37th Parl., March 18, 2003, at p. 4335).

confirme que la recherche sur les techniques liées à la procréation assistée est non seulement jugée souhaitable, mais également nécessaire. Ainsi, lors de son témoignage devant le Comité permanent de la santé le 17 mai 2001 (11:40 (en ligne)), le Dr Roger Gosden a souligné l'importance de la recherche pour bien comprendre les causes de l'infertilité, pour améliorer le taux de réussite des traitements contre l'infertilité et pour éviter les maladies héréditaires.

[214] La recherche impliquant la transgénèse a fait l'objet d'une attention particulière lors des débats. Certains parlementaires suggéraient qu'un tel type de recherche soit prohibé plutôt que réglementé (comme c'est le cas à l'art. 11 de la *LPA*). Des représentants de Santé Canada appelés à répondre à deux demandes d'amendement ont expliqué qu'une telle approche ne serait pas souhaitable.

[215] En réponse à une proposition visant à interdire totalement la transgénèse, la présidente du Comité permanent de la Santé a demandé à Rodney Ghali, analyste des politiques à la Division des projets spéciaux du ministère de la Santé, quelles seraient les répercussions de la suppression de toute recherche transgénique. Celui-ci a répondu que cet important domaine de recherche, bénéfique pour les Canadiens et Canadiennes, s'étendait à la recherche sur le cancer, la maladie de Huntington et d'autres maladies du système nerveux. La proposition d'amendement a été rejetée (Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la santé*, n° 013, 2<sup>e</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 9 décembre 2002, 10:25-10:35 (en ligne)).

[216] De même, Jeannot Castonguay, secrétaire parlementaire de la ministre de la Santé de l'époque, en réponse à une motion d'amendement visant à interdire la transgénèse, a expliqué devant la Chambre des communes qu'une telle interdiction « aurait pour conséquence de stopper immédiatement et de façon permanente les efforts de nombreux chercheurs et laboratoires au Canada qui veulent développer des thérapies pour traiter de nombreuses maladies accablantes, que ce soit le cancer, l'Alzheimer ou autres » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 138, n° 072, 2<sup>e</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 18 mars 2003, p. 4335).

[217] We therefore cannot agree with the Attorney General of Canada that the impugned provisions concerning the controlled activities have the same purpose as the unchallenged provisions concerning the prohibited activities. Parliament responded to what was presented to it as a consensus that some of the prohibited activities are reprehensible. Those prohibitions are therefore intended to prevent activities and the use of technologies that do not form part of the process of genetic research or assisted human reproduction. Parliament clearly showed that its intention was to prohibit them, and they are in fact prohibited completely. It showed no such intention with respect to the activities that are not prohibited completely. As can be seen from the legislative history, the technologies and activities included among the controlled activities are very different in nature from the activities that are prohibited completely. These are technologies and activities to which professionals working in the field commonly have recourse. Parliament did not indicate that it intended to prohibit or even limit them. The purpose of the impugned provisions is instead to set up a national scheme to regulate the activities in question. In light of s. 2(b) of the *AHR Act*, we would add that this was how Parliament believed that “the benefits of assisted human reproductive technologies and related research for individuals, for families and for society in general can be most effectively secured” (see also S. Bordet, S. Feldman and B. M. Knoppers, “Legal Aspects of Animal-Human Combinations in Canada” (2007), 1 *M.H.L.P.* 83, at p. 85).

## (2) Effect of the Provisions

[218] Identifying the pith and substance of the impugned provisions involves a consideration not only of their purpose, but also of their effects. “Effects” of the provisions means the actual impact of the application of the provisions on Canadians: *Reference re Firearms Act*, at para. 18. As we mentioned above, the Attorney General of Canada submits that the impugned provisions have little or nothing to do with health and that none of them pertain either to the quality of medical procedures or to the management of health-care institutions

[217] Il ne nous est donc pas possible de retenir la thèse du procureur général du Canada suivant laquelle l’objet des dispositions contestées portant sur les activités réglementées est le même que celui des dispositions non contestées portant sur les actes interdits. Le Parlement a réagi à ce qui lui a été présenté comme un consensus sur le caractère répréhensible de certains actes. Ces prohibitions visent ainsi à empêcher l’exécution d’actes et l’utilisation de techniques qui ne s’insèrent pas dans le processus de recherche génétique ou de procréation assistée. Le Parlement a clairement montré son intention de les interdire. Les prohibitions sont d’ailleurs totales. Ce n’est pas le cas à l’égard des activités réglementées qui ne sont pas totalement prohibées. Comme le montre l’historique législatif, les techniques et actes constituant des activités réglementées sont d’une nature bien différente de celle des actes prohibés totalement. Il s’agit de techniques et d’actes auxquels recourent couramment les professionnels qui œuvrent dans le domaine. Le Parlement n’a manifesté aucune intention de les interdire ou même de les limiter. Les dispositions contestées ont plutôt pour objet d’instaurer un régime national d’encadrement des activités visées. Nous appuyant sur l’al. 2b) de la *LPA*, nous estimons en outre que ce moyen était celui que le Parlement jugeait « le plus efficace [pour] garantir les avantages que présentent pour les individus, les familles et la société en général la procréation assistée et la recherche dans ce domaine » (voir aussi S. Bordet, S. Feldman et B. M. Knoppers, « Legal Aspects of Animal-Human Combinations in Canada » (2007), 1 *P.D.S.M.* 83, p. 85).

## (2) Effet des dispositions

[218] La détermination du caractère véritable des dispositions contestées requiert non seulement l’examen de leur objet, mais aussi celui de leurs effets. Les effets des dispositions contestées s’entendent des conséquences pratiques de leur application pour les Canadiens et les Canadiennes : *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, par. 18. Le procureur général du Canada, nous l’avons mentionné, soutient que les dispositions contestées n’ont qu’un lien ténu avec la santé, voire n’en ont pas du tout, et qu’aucune ne concerne la qualité des services

(Factum, at para. 92). The Attorney General of Quebec counters that the impugned scheme seriously affects the practice of medicine and overlaps or conflicts with many Quebec statutes and regulations. In our opinion, a review of the effects of the provisions of the *AHR Act* confirms the position of the Attorney General of Quebec.

[219] For instance, s. 8 of the *AHR Act* sets out rules on consent for the removal and use of human reproductive material. Section 8 would appear to be very broad in scope: it applies to any removal or use of human reproductive material for the purpose of creating an embryo. This means that it applies to any manipulation of this nature. However, the purpose of the provision is to establish a framework for consent to such manipulations, not to prohibit them. But it should be noted that s. 265 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, already prohibits the removal of genetic material without consent (see P. Healy, “Statutory Prohibitions and the Regulation of New Reproductive Technologies under Federal Law in Canada” (1995), 40 *McGill L.J.* 905, at p. 941).

[220] The impugned provisions have a direct impact on the relationship between physicians called upon to use assisted reproductive technologies, donors, and patients. Moreover, rules on consent already exist in the *Civil Code of Québec*, R.S.Q., c. C-1991 (“*C.C.Q.*”) (arts. 10 to 25), the *Act respecting health services and social services*, R.S.Q., c. S-4.2 (“*AHSSS*”) (ss. 9 *et seq.*), and the *Code of ethics of physicians*, R.R.Q., c. M-9, r. 4.1 (ss. 28, 29 and 49). To give another example, ss. 12(1)(c) and 12(3) of the *AHR Act* address the reimbursement of surrogate mothers for expenditures incurred and for the loss of work-related income. Section 12 implicitly authorizes surrogacy contracts, whereas art. 541 *C.C.Q.* provides that such contracts are null.

[221] Moreover, ss. 10, 11, 13, 40(1) and 42 of the *AHR Act* require researchers and physicians who

médicaux ni la gestion des établissements de santé (mémoire, par. 92). Le procureur général du Québec avance au contraire que le régime contesté affecte sérieusement l’exercice de la médecine et chevauche un grand nombre de lois et de règlements québécois ou entre en conflit avec eux. À notre avis, l’examen des effets des dispositions de la *LPA* confirme la thèse du procureur général du Québec.

[219] Ainsi, l’art. 8 de la *LPA* prescrit des règles applicables au consentement au prélèvement et à l’usage du matériel reproductif humain. L’article 8 possède en apparence une portée très large : il vise tout prélèvement et toute utilisation de matériel reproductif humain dans le but de créer un embryon, de sorte que toutes les manipulations de cette nature tombent sous le coup de la disposition. Cependant, le but de la disposition est bien d’établir un régime régissant le consentement à ces manipulations, et non de les interdire. Il convient toutefois de rappeler que le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, à l’art. 265, prohibe déjà le prélèvement de matériel génétique sans consentement (voir P. Healy, « Statutory Prohibitions and the Regulation of New Reproductive Technologies under Federal Law in Canada » (1995), 40 *R.D. McGill* 905, p. 941).

[220] Les dispositions contestées touchent directement la relation entre le médecin appelé à recourir aux techniques de procréation assistée, le donneur et le patient. De plus, nous signalons que des règles relatives au consentement existent déjà dans le *Code civil du Québec*, L.R.Q., ch. C-1991 (« *C.c.Q.* »), aux art. 10 à 25, dans la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., ch. S-4.2 (« *LSSSS* »), art. 9 *et suiv.*, et dans le *Code de déontologie des médecins*, R.R.Q., ch. M-9, r. 4.1, art. 28, 29 *et* 49. En outre, l’al. 12(1)c) *et* le par. 12(3) de la *LPA* traitent du remboursement à la mère porteuse des dépenses supportées ou des pertes de revenu de travail subies. L’article 12 autorise implicitement la conclusion d’un contrat de mère porteuse, alors que l’art. 541 *C.c.Q.* déclare nul un tel contrat.

[221] Par ailleurs, les art. 10, 11 *et* 13, ainsi que le par. 40(1) *et* l’art. 42 de la *LPA* obligent

engage in activities related to treatments for infertility to obtain licences from the Federal Agency. But the *AHSSS* already requires hospital centres and specialized medical centres to obtain permits (s. 437 of the *AHSSS*). The *Act respecting medical laboratories, organ, tissue, gamete and embryo conservation, and the disposal of human bodies*, R.S.Q., c. L-0.2, s. 31, imposes the same obligation on laboratories and on organ and tissue banks. Given that obtaining a licence from the Federal Agency is a prerequisite for undertaking a controlled activity in any premises (s. 13 of the *AHR Act*), this obligation could require compliance with conflicting requirements or could, at the very least, result in extensive duplication in the requirements of the two levels of government.

[222] Sections 14 to 19 of the *AHR Act* establish a system for the management and disclosure of information relating to assisted reproductive activities. They provide for the establishment of a registry and set out rules for access to and disclosure of relevant information. But Quebec already has its own rules governing the use of assisted reproductive technologies by health-care institutions and physicians. Moreover, the doctor-patient relationship is protected by professional secrecy as provided for in s. 42 of the *Medical Act*, R.S.Q., c. M-9. And the disclosure of confidential information is also subject to provisions of several Quebec statutes and regulations, including the *Code of ethics of physicians* (ss. 20 and 21) and the *AHSSS* (see, *inter alia*, ss. 17 *et seq.*).

[223] Finally, under ss. 45 to 53 of the *AHR Act*, inspectors from the Federal Agency are granted broad powers to enter places or conveyances and examine and seize information or material. These provisions apply not only to physicians and researchers, but also to all health-care institutions where assisted reproductive activities or related research activities are conducted. This oversight by the Federal Agency duplicates the oversight provided for in the *Medical Act*, the *Code of ethics of*

les chercheurs et les médecins qui accomplissent des actes liés aux traitements contre l'infertilité d'obtenir une autorisation de l'Agence fédérale. Il convient de souligner que la *LSSSS* impose déjà aux centres hospitaliers et aux centres médicaux spécialisés l'obligation d'obtenir un permis (art. 437 de la *LSSSS*). La *Loi sur les laboratoires médicaux, la conservation des organes, des tissus, des gamètes et des embryons et la disposition des cadavres*, L.R.Q., ch. L-0.2, art. 31, impose la même obligation aux laboratoires et banques d'organes et de tissus. Comme l'obligation d'obtenir un permis délivré par l'Agence fédérale constitue une condition préalable à la pratique d'une activité réglementée dans un établissement (art. 13 de la *LPA*), elle risque de contraindre au respect d'exigences incompatibles ou, à tout le moins, d'entraîner d'importants chevauchements des exigences fixées par les deux ordres de gouvernement.

[222] Les articles 14 à 19 de la *LPA* instaurent un système de gestion et de communication de l'information concernant les pratiques de procréation assistée. Ils prévoient l'établissement d'un registre, en plus de fixer les règles régissant l'accès aux renseignements pertinents et la communication de ceux-ci. Or, au Québec, de telles règles régissent déjà les établissements de santé et les médecins lorsqu'ils ont recours aux techniques de procréation assistée. De plus, la relation patient-médecin est protégée par le secret professionnel, comme le prévoit l'art. 42 de la *Loi médicale*, L.R.Q., ch. M-9. La communication de l'information confidentielle est aussi régie par un grand nombre de textes législatifs et réglementaires québécois, dont le *Code de déontologie des médecins* (art. 20 et 21) et la *LSSSS* (voir, entre autres, les art. 17 et suiv.).

[223] Enfin, les art. 45 à 53 de la *LPA* accordent aux inspecteurs de l'Agence fédérale de larges pouvoirs de visite, d'examen et de saisie de données ou de matériel. La loi assujettit à ces dispositions non seulement les médecins et les chercheurs, mais aussi tous les établissements de soins de santé où se déroulent des activités liées à la procréation ou des activités de recherche connexes. Cette surveillance exercée par l'Agence fédérale fait double emploi avec celle découlant de l'application de la

physicians, the *Professional Code*, R.S.Q., c. C-26, and the *AHSSS*. The *AHSSS* also includes numerous provisions that grant extensive powers of investigation to Quebec agencies created under it (see, *inter alia*, ss. 413.2 and 414 of the *AHSSS*).

[224] To illustrate the scope of the provincial rules that apply to health-care professionals and institutions, it will be helpful to review certain characteristics of Quebec's health-care system, which has a vertical aspect as regards supervision and sanctions and a horizontal aspect as regards the provision of health care. The Minister of Health and Social Services oversees Quebec's health and social services agencies (ss. 339 *et seq.* of the *AHSSS*), which are in turn responsible for overseeing the application of Quebec's standards and organizing services within their respective territories. Public health institutions, in co-operation with private clinics and doctors' offices, provide health services and social services (ss. 79 *et seq.* of the *AHSSS*). Moreover, health-care professionals are regulated by their respective professional orders under the *Professional Code* and the other statutes that apply specifically to the orders in question. The same structure applies regardless of the nature of the health service in issue.

[225] Thus, even though an integrated system already exists in Quebec for all medical and related research activities, including those that, from ethical, moral and medical standpoints, are similar to activities associated with assisted human reproduction, the *AHR Act* establishes a distinct framework and special rules for those associated with assisted human reproduction. As a result, the *AHR Act's* special system for assisted reproductive activities, with all its potential for red tape, has a considerable impact on all those who participate in such activities, both professionals who undertake them and the institutions where they take place.

[226] We concluded above that the purpose of the impugned provisions was to establish mandatory

*Loi médicale*, du *Code de déontologie des médecins*, du *Code des professions*, L.R.Q., ch. C-26, et de la *LSSSS*. Cette dernière loi comporte d'ailleurs de nombreuses dispositions qui accordent des pouvoirs d'enquête étendus à des agences québécoises qu'elle crée (voir, entre autres, les art. 413.2 et 414 de la *LSSSS*).

[224] Pour bien illustrer l'étendue des règles provinciales applicables aux professionnels de la santé et aux établissements de soins de santé, il convient de rappeler certains traits du système québécois. Il comporte un aspect vertical en ce qui concerne le contrôle et les sanctions et un aspect horizontal pour ce qui est de la fourniture des soins de santé. Le ministre de la Santé et des Services sociaux chapeaute les agences québécoises de la santé et des services sociaux (art. 339 et suiv. de la *LSSSS*), lesquelles sont responsables du contrôle d'application des normes québécoises et de l'organisation des services sur leur territoire respectif. Les établissements publics de soins de santé, de concert avec les cliniques et les cabinets privés, fournissent les services de santé et les services sociaux (art. 79 et suiv. de la *LSSSS*). Par ailleurs, les professionnels de la santé sont régis par leur ordre professionnel respectif, conformément au *Code des professions* et aux autres lois applicables spécifiquement aux ordres professionnels en cause. La structure demeure la même sans égard à la nature du service de santé fourni.

[225] Dans ce contexte, alors même qu'un régime intégré existe déjà au Québec pour tous les actes médicaux et les activités de recherche connexes, y compris ceux qui, sur les plans éthique, moral et médical, se rapprochent des activités liées à la procréation assistée, la *LPA* assujettit celles-ci à un régime distinct et des règles particulières. Par conséquent, l'assujettissement des activités liées à la procréation assistée au régime particulier de la *LPA*, avec toutes ses lourdeurs administratives potentielles, produit des effets considérables sur tous les acteurs intéressés, que ce soit les professionnels qui recourent à ces activités ou les établissements où les activités sont pratiquées.

[226] Nous avons conclu précédemment que l'objet des dispositions contestées était l'établissement

national standards for assisted human reproduction. A review of the practical consequences of these provisions shows that they have a significant impact on the practice of medicine. We therefore cannot agree with the Attorney General of Canada that the impugned provisions have nothing to do with the quality of services or the management of health-care institutions.

[227] Rather, the purpose and the effects of the provisions in question relate to the regulation of a specific type of health services provided in health-care institutions by health-care professionals to individuals who for pathological or physiological reasons need help to reproduce. Their pith and substance must be characterized as the regulation of assisted human reproduction as a health service. It would of course have been possible to say that the pith and substance of the impugned provisions relates to the regulation of research and practice associated with assisted human reproduction, but in our opinion, the effects of the provisions make a more precise characterization necessary. This approach is more consistent with the principles discussed above according to which the pith and substance should be identified as precisely as possible in light of the need to connect it with legislative powers (see para. 190). At the next step in the constitutional analysis, we must in fact establish that connection by identifying the head of power with which the impugned provisions — viewed from the perspective of their pith and substance — are connected.

*B. Connecting the Pith and Substance of the Provisions With Heads of Power*

[228] It is important to bear in mind this Court's caveat in *Reference re Firearms Act*: "The determination of which head of power a particular law falls under is not an exact science" (para. 26). A law, or one or more of its provisions, may in theory be connected with several heads of power. Despite this difficulty, it must be determined whether the pith and substance of the impugned law or of its impugned provisions results in a connection with

de normes impératives nationales en matière de procréation assistée. L'étude des conséquences pratiques de ces dispositions démontre que celles-ci ont une incidence importante sur la pratique médicale. Nous ne pouvons donc retenir la thèse du procureur général du Canada voulant que les dispositions contestées n'aient rien à voir avec la qualité des services et la gestion des établissements de santé.

[227] L'objet et les effets de ces dispositions sont plutôt de régler un secteur particulier des services de santé dispensés dans des établissements de soins de santé par des professionnels de la santé au bénéfice de personnes qui, pour des raisons pathologiques ou physiologiques, ont besoin d'aide pour procréer. Leur caractère véritable doit être formulé comme étant la réglementation de la procréation assistée en tant que service de santé. Il aurait certes été possible de considérer que le caractère véritable des dispositions contestées réside dans l'encadrement de la recherche et de la pratique associées à la procréation assistée, mais nous estimons qu'une formulation plus précise s'impose en raison des effets des dispositions. Une telle approche respecte davantage les principes examinés précédemment selon lesquels il convient de déterminer le caractère véritable le plus précisément possible vu la nécessité d'établir le rattachement aux compétences législatives (voir par. 190). L'étape suivante de l'analyse constitutionnelle consiste justement à établir ce lien, en déterminant à quel chef de compétence les dispositions contestées, considérées sous l'angle de leur caractère véritable, se rattachent.

*B. Rattachement du caractère véritable des dispositions aux chefs de compétence*

[228] Il importe de rappeler la mise en garde faite par notre Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu* : « La détermination du chef de compétence duquel relève une loi particulière n'est pas une science exacte » (par. 26). Une loi, une de ses dispositions ou encore certaines d'entre elles peuvent en théorie être rattachées à plusieurs champs de compétence. Malgré la difficulté, il faut déterminer si le caractère véritable de la loi contestée ou

the head of power relied on by the government that enacted them.

[229] In this appeal, the Attorney General of Canada submits that the pith and substance of the *AHR Act* relates to Parliament's criminal law power. The Attorney General of Quebec contends that this cannot be the case and that the pith and substance of the impugned provisions brings them within exclusive provincial jurisdiction. Thus, the determinative question is whether the impugned provisions fall within the head of power relied on in support of their validity by the government that enacted them. To answer this question, it will be necessary to briefly review the scope of the federal criminal law power.

(1) Scope of the Federal Criminal Law Power

[230] Defining the limits of the federal criminal law power has always been a difficult task. The case law in this respect begins with *In re The Board of Commerce Act, 1919, and The Combines and Fair Prices Act, 1919*, [1922] 1 A.C. 191 (P.C.). In that case, the Privy Council declared a federal law to be invalid on the basis that its "subject matter" did not by its very nature belong to the domain of criminal jurisprudence.

[231] The substantive criterion of a connection with the criminal law based on the nature of the acts to which the legislation applies was interpreted as freezing the content of the criminal law in time. In *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310 (P.C.), Lord Atkin recast the test, replacing it with an analysis based on conditions of form: there must be a prohibition accompanied by a sanction. In describing the subject matter of the prohibition, he added the following: "It appears to their Lordships to be of little value to seek to confine crimes to a category of acts which by their very nature belong to the domain of 'criminal jurisprudence'; for the domain of criminal jurisprudence can only be ascertained by examining what acts at any particular period are declared by the State to be crimes" (p. 324). In

de ses dispositions contestées permet de les rattacher au champ de compétence invoqué par l'ordre de gouvernement qui les a adoptées.

[229] Dans le présent pourvoi, le procureur général du Canada soutient que le caractère véritable de la *LPA* la rattache à la compétence du Parlement en droit criminel. Pour sa part, le procureur général du Québec affirme que cela ne peut être le cas, car, en raison de leur caractère véritable, les dispositions contestées relèvent de la compétence exclusive des provinces. La question déterminante demeure donc celle de savoir si les dispositions contestées relèvent de la compétence invoquée à l'appui de leur validité par l'ordre qui les a adoptées. Pour trancher, un survol de la portée de la compétence fédérale sur le droit criminel est nécessaire.

(1) Portée de la compétence fédérale sur le droit criminel

[230] Définir la compétence fédérale en matière de droit criminel a toujours été une tâche difficile. L'arrêt *In re The Board of Commerce Act, 1919, and The Combines and Fair Prices Act, 1919*, [1922] 1 A.C. 191 (C.P.), marque le point de départ de l'évolution jurisprudentielle à ce chapitre. Dans cette affaire, le Conseil privé a invalidé une loi fédérale au motif que sa « matière » ne se rattachait pas, par sa nature, au domaine du droit criminel.

[231] Le critère matériel du rattachement d'une loi au droit criminel en fonction de la nature des actes qu'elle vise a été interprété comme figeant le contenu du droit criminel dans le temps. Dans *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310 (C.P.), lord Atkin a reformulé le critère pour le remplacer par une analyse fondée sur des conditions de forme : on devait trouver une interdiction accompagnée d'une sanction. Pour décrire la matière visée par l'interdiction, il a ajouté : [TRADUCTION] « Il apparaît assez vain à leurs Seigneuries de chercher à confiner les crimes à une catégorie d'actes qui, de par leur nature véritable, appartiennent au domaine du "droit criminel", car on ne peut fixer le domaine du droit criminel qu'en examinant quels actes l'État qualifie de crimes à chaque période en cause » (p. 324). Il a

his view, therefore, the content of the criminal law could not be frozen in time. But this new definition was too broad. It was based only on the application of formal criteria and was of no assistance in establishing the substantive limits of the federal criminal law power. The Privy Council's approach would not have caused the same problems in a unitary state, but it became a source of unique difficulties in a federal state. Since legislative powers were in practice distributed among a number of levels of government, the federal power had to be delimited not only on the basis of the very nature of criminal law, but also in accordance with the fundamental structures of the division of powers.

[232] An important clarification was accordingly made by Rand J. in *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1 (the "*Margarine Reference*"). Rand J. stressed that a substantive component was needed to justify the exercise of the federal criminal law power. However, the most frequently quoted passage from his opinion does little to clarify the content of this substantive component:

Is the prohibition . . . enacted with a view to a public purpose which can support it as being in relation to criminal law? Public peace, order, security, health, morality: these are the ordinary though not exclusive ends served by that law . . . [p. 50]

Health, which Rand J. mentioned, cannot always justify action by Parliament in relation to the criminal law. This passage must therefore also be considered in the context of Rand J.'s definition of the criminal law. It then becomes apparent that, although he disagreed with the view expressed by Lord Atkin in *Proprietary Articles Trade Association* on the question whether the criminal law could be kept within fixed bounds, he agreed with him that it had to include not only a formal component but also a characteristic substantive component (see W. R. Lederman, "Mr. Justice Rand and Canada's Federal Constitution" (1979-1980), 18 *U.W.O. L. Rev.* 31, at p. 39). Rand J. made the following comment:

donc refusé de donner un caractère fixe au contenu du droit criminel. Cependant, cette nouvelle définition était trop large. En effet, elle ne faisait appel qu'à des critères formels sans permettre d'établir la limite matérielle de la compétence fédérale sur le droit criminel. La méthode adoptée par le Conseil privé n'aurait pas causé les mêmes problèmes dans un État unitaire, mais elle devenait source de difficultés singulières dans un État fédéral. Comme les compétences législatives étaient réparties sur le plan matériel entre plusieurs ordres de gouvernement, il fallait délimiter la compétence fédérale non seulement en fonction de la nature même du droit criminel, mais aussi en harmonie avec les structures fondamentales du partage des pouvoirs.

[232] Une précision importante a donc été apportée par le juge Rand dans *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1 (le « *Renvoi sur la margarine* »). Dans cet arrêt, le juge Rand a insisté sur la nécessité d'un élément matériel pour justifier l'exercice de la compétence fédérale en droit criminel. Cependant, le passage le plus souvent cité de son opinion donne peu de précision sur la teneur de l'élément matériel :

[TRADUCTION] L'interdiction est-elle [. . .] promulguée en vue d'un intérêt public qui peut lui donner un fondement la rattachant au droit criminel? La paix, l'ordre, la sécurité, la santé et la moralité publics : telles sont les fins visées ordinairement mais non exclusivement par ce droit . . . [p. 50]

La santé, dont il fait mention, ne permet pas toujours de justifier une intervention du Parlement au regard du droit criminel. Il faut donc aussi situer ce passage dans le contexte de la définition que donne le juge Rand du droit criminel. On constate alors que s'il était en désaccord avec l'avis de lord Atkin formulé dans *Proprietary Articles Trade Association* sur la question de savoir si le droit criminel pouvait être enfermé dans un cadre fixe, il reconnaissait avec lui que le droit criminel devait comporter non seulement un élément formel, mais aussi un élément matériel caractéristique (voir W. R. Lederman, « Mr. Justice Rand and Canada's Federal Constitution » (1979-1980), 18 *U.W.O. L. Rev.* 31, p. 39). Le juge Rand s'est en effet exprimé ainsi :

A crime is an act which the law, with appropriate penal sanctions, forbids; but as prohibitions are not enacted in a vacuum, we can properly look for some evil or injurious or undesirable effect upon the public against which the law is directed. That effect may be in relation to social, economic or political interests; and the legislature has had in mind to suppress the evil or to safeguard the interest threatened. [Emphasis added; p. 49.]

In our view, therefore, it is not enough to identify a public purpose that would have justified Parliament's action. Indeed, it might be hoped that Parliament does not act unless there is a public purpose that justifies its doing so. Where its action is grounded in the criminal law, the public purpose must involve suppressing an evil or safeguarding a threatened interest.

[233] This view of the constituent elements of the federal criminal law power, namely that it has two components, one substantive and the other formal, continues to be valid today and was applied in, *inter alia*, the *Reference re Firearms Act* (para. 27). Three criteria have to be met to connect a law or a provision with this federal head of power, namely that it

- 1 - suppress an evil,
- 2 - establish a prohibition, and
- 3 - accompany that prohibition with a penalty.

[234] The formal component — establishing a prohibition and accompanying it with a penalty — supports a finding that a regulatory scheme, even one that takes the form of exemptions from a prohibitory scheme, falls within the field of criminal law. However, the substantive component, the justifiable criminal law purpose — the prohibition of a real or apprehended evil, and the concomitant protection of legitimate societal interests — must also be present. The substantive criterion assumes particular importance because of the liberal interpretation given to the formal component.

[235] These components permit the federal government to deal with and make laws with regard to

[TRANSLATION] Un crime est un acte que la loi défend en y attachant des sanctions pénales appropriées; mais comme les interdictions ne sont pas promulguées en vase clos, nous pouvons à bon droit rechercher le mal ou l'effet nuisible ou indésirable pour le public qui est visé par la loi. Cet effet peut viser des intérêts sociaux, économiques ou politiques; et le législateur a eu en vue la suppression du mal ou la sauvegarde des intérêts menacés. [Nous soulignons; p. 49.]

À notre avis, il n'est donc pas suffisant d'identifier une fin publique qui aurait justifié l'intervention du Parlement. D'ailleurs, on peut espérer que le Parlement n'agit que lorsqu'une fin publique le justifie. Dans le cas où son action prend appui sur le droit criminel, la fin publique doit consister dans la répression d'un mal ou la protection d'intérêts menacés.

[233] Cette conception des éléments constitutifs de la compétence fédérale en matière de droit criminel — qui allie deux volets, l'un matériel et l'autre formel — demeure valable aujourd'hui et elle a notamment été appliquée dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu* (par. 27). Pour être rattachée à ce chef de compétence fédérale, une loi ou une disposition doit comporter les trois éléments suivants :

- 1 - réprimer un mal;
- 2 - énoncer une interdiction;
- 3 - accompagner cette interdiction d'une sanction.

[234] Le volet formel — énoncer une interdiction et l'accompagner d'une sanction — permet à un régime de réglementation, même introduit sous la forme d'exceptions à un régime d'interdiction, de se situer dans le champ du droit criminel. Cependant, il faut aussi retrouver le volet matériel, l'objet justifiant le recours au droit criminel : la répression d'un mal réel ou appréhendé et la protection concomitante d'intérêts sociaux légitimes. L'interprétation large donnée au volet formel accroît l'importance du critère matériel.

[235] Ces éléments permettent au gouvernement fédéral de faire face à des réalités nouvelles

new realities, such as pollution, and genetic manipulations that are considered undesirable. Thus, Parliament retains flexibility in making decisions to prohibit conduct it considers reprehensible and to prevent the undesirable effects of such conduct.

[236] Rand J.'s reference to an evil to be suppressed or a threatened interest to be safeguarded necessarily implied that the evil or threat must be real. In the context of the *Charter*, the recognized threshold is that of the reasoned apprehension of harm. The reasoned apprehension of harm, which was accepted as a criterion in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, and in *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at para. 78, must be real and must relate to conduct or facts that can be identified and established. Although the instant case does not involve the application of the *Charter*, referring to a threshold illustrates what form a substantive component might take and helps give concrete form to the substantive component of the criminal law. It is therefore helpful for the purpose of determining whether this component cited to justify Parliament's action is present or is simply absent (see G. Côté-Harper, P. Rainville and J. Turgeon, *Traité de droit pénal canadien* (4th ed. 1998), at pp. 61-62; *RJR-MacDonald*, at para. 29, *per* La Forest J., and at paras. 201-2, *per* Major J.).

[237] It must be possible to describe the risk of harm precisely enough that a connection can be established between the apprehended harm and the evil in question. In both *Butler* and *Malmo-Levine*, the Court described the risk of harm in concrete terms, in the former as a "‘reasoned apprehension of harm’ resulting from the desensitization of individuals exposed to materials which depict violence, cruelty, and dehumanization in sexual relations" (p. 504), and in the latter as the "protection of . . . chronic users . . . and adolescents who may not yet have become chronic users, but who have the potential to do so" (para. 77). Although the Court held in the *Reference re Firearms Act* that creating a registry and a licensing system represented a valid exercise of Parliament's criminal law power, we observe that the substantive component was easy to establish. In the Court's opinion, "[g]un

et de légiférer, par exemple en matière de pollution et de manipulations génétiques jugées néfastes. Le Parlement dispose d'ailleurs d'une marge de manœuvre dans la décision de réprimer une conduite qu'il juge répréhensible et de prévenir ses effets indésirables.

[236] Le mal à réprimer ou les intérêts menacés à protéger auxquels renvoie le juge Rand doivent nécessairement être réels. Dans le contexte de la *Charte*, le seuil reconnu est celui de la crainte raisonnée de préjudice. Critère reconnu dans *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, et dans *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.S.C. 571, par. 78, la crainte raisonnée de préjudice doit être réelle et correspondre à des conduites ou à des faits qui peuvent être identifiés et établis. Bien qu'il ne s'agisse pas en l'espèce d'un dossier emportant l'application de la *Charte*, la référence à un seuil illustre ce qu'est un élément matériel et aide à concrétiser l'élément matériel propre au droit criminel. Cet exercice est donc utile pour déterminer si cet élément invoqué pour justifier l'intervention du Parlement est présent ou tout simplement absent (voir G. Côté-Harper, P. Rainville et J. Turgeon, *Traité de droit pénal canadien* (4<sup>e</sup> éd. 1998), p. 61-62; *RJR-MacDonald*, par. 29, le juge La Forest, et par. 201-202, le juge Major).

[237] Le risque de préjudice doit pouvoir être formulé de manière suffisamment précise pour permettre l'établissement d'un lien entre le préjudice appréhendé et le mal visé. Tant dans *Butler* que dans *Malmo-Levine*, la Cour a décrit le risque de préjudice de façon concrète. Dans le premier arrêt, il s'agissait de l'« ‘appréhension raisonnée du préjudice’ résultant de la désensibilisation des personnes exposées à du matériel représentant des relations sexuelles dans un contexte de violence, de cruauté et de déshumanisation » (p. 504) et, dans le second, de la « protection des consommateurs chroniques [. . .] ainsi que des adolescents qui ne sont pas encore des consommateurs chroniques mais sont susceptibles de le devenir » (par. 77). Si, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, la Cour a conclu que l'établissement d'un registre et d'un système de permis constituait un exercice

control has traditionally been considered valid criminal law because guns are dangerous and pose a risk to public safety” (para. 33). Another situation in which a connection with a criminal law purpose can be seen is that of the regulation of tobacco product labelling and the prohibition on advertising and promoting such products. Even though Parliament cannot, for social policy reasons, ban the use of tobacco completely, it is faced with an “evil” that it has undertaken to combat: *RJR-MacDonald*, at para. 44. The same observation holds true for the emission of toxic substances into the environment. In *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213, the majority of the Court held, after finding that Parliament had the power “[to prevent] pollution or, to put it in other terms, causing the entry into the environment of certain toxic substances”, that a regulatory scheme was valid (para. 130). In short, the choice of means is a matter for Parliament, but the federal criminal law power cannot be exercised if the purpose of the legislation enacted to exercise it does not fall within the scope of the criminal law.

[238] The requirement of a concrete basis and a reasoned apprehension of harm applies with equal force where the legislative action is based on morality. In establishing the basis for Parliament’s action, the Chief Justice relies heavily on the purpose of upholding public morality. In her view, to justify having recourse to the criminal law by relying on morality, Parliament need only have a reasonable basis to expect that its legislation will address a concern of fundamental importance (para. 50). If her interpretation were adopted, the decision to bring certain conduct within the criminal law sphere would never be open to effective review by the courts. The issue would simply be whether a moral concern is addressed and whether there is a consensus that the concern is of fundamental importance (para. 51). This approach in effect totally excludes the substantive component that serves to delimit the criminal law. Not only

valide du pouvoir du Parlement de légiférer en matière de droit criminel, il faut noter que l’élément matériel était facilement établi. En effet, de l’avis de la Cour, « [l]e contrôle des armes à feu est traditionnellement considéré comme relevant valablement du droit criminel parce que les armes à feu sont dangereuses et constituent un risque pour la sécurité publique » (par. 33). Un autre cas de rattachement à un objet de droit criminel qui peut être observé est celui de la réglementation de l’étiquetage des produits du tabac et l’interdiction de la publicité et de la promotion de ces produits. En effet, même si, pour des raisons de politique sociale, le Parlement ne peut pas interdire totalement l’usage du tabac, il fait face à un « mal » contre lequel il a entrepris de lutter : *RJR-MacDonald*, par. 44. La même observation vaut pour l’émission de matières toxiques dans l’environnement. Dans *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, la Cour, à la majorité, a jugé valide un régime de réglementation après avoir reconnu au Parlement le pouvoir « de prévenir la pollution ou, autrement dit, le rejet de certaines substances toxiques dans l’environnement » (par. 130). En somme, le choix des moyens relève du Parlement, mais il demeure que sa compétence en droit criminel ne peut être exercée lorsque l’objet de la loi concrétisant cet exercice ne se situe pas dans le cadre du droit criminel.

[238] L’exigence d’un fondement concret et d’une appréhension raisonnée du préjudice se pose tout autant lorsque l’intervention législative est fondée sur la morale. Pour déterminer le fondement de l’action du Parlement, la Juge en chef s’appuie fortement sur l’existence d’un objectif de préservation de la morale publique. Selon elle, pour justifier le recours au droit criminel sur le fondement de la morale, le Parlement doit simplement avoir des motifs raisonnables de croire que sa loi s’attaquera à une question d’une importance fondamentale (par. 50). Si son interprétation était retenue, la décision d’assujettir une conduite au droit criminel ne serait jamais susceptible de révision judiciaire effective. En effet, il suffirait simplement de déterminer qu’une question morale est en jeu et que son importance fondamentale fait consensus (par. 51). Cette approche revient à exclure totalement l’élément matériel servant à délimiter le droit

does it go far beyond morality, which as a result serves only as a formal component, but it inevitably encompasses innumerable aspects of very diverse matters or conduct, such as participation in a religious service, the cohabitation of unmarried persons or even international assistance, which, although they involve moral concerns in respect of which there is a consensus that they are important, cannot all be considered to fall within the criminal law sphere.

[239] In our opinion, this goes further than any previous judicial interpretation. A definition such as this amounts to what the Chief Justice herself describes as a “limitless definition” that must be rejected because it jeopardizes the constitutional balance of the federal-provincial division of powers (para. 43). It is true that the criminal law often expresses aspects of social morality or, in broader terms, the fundamental values of society. However, legislative action by Parliament on this basis presupposes the existence of a real and important moral problem. Yet care must be taken not to view every social, economic or scientific issue as a moral problem. In 1931, in *Proprietary Articles Trade Association*, the Privy Council rejected any conception of the criminal law that did not take into account the evolution of society. Thus, when Parliament criminalizes an act, its decision remains subject to review by the courts, which will take society’s attitude into account. And it must be borne in mind in this area that a broad range of philosophical and religious ideas coexist in a society as diverse as contemporary Canadian society. Although the rules in the *Criminal Code* have long been understood in light of the principles of Judeo-Christian morality, societal changes have freed them from those fetters. The coming into force of the *Charter*, for example, resulted in fundamental changes that affected offences related to sex, pornography and prostitution and demonstrated the importance of the explosion of the former conceptual framework (see the former ss. 156, 157 and 158 of the *Criminal Code*, repealed by S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 9, and S.C. 1987, c. 24, s. 4, and *Butler, R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, and *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123). The

criminel. Elle va non seulement bien au-delà de la morale, qui ne tient alors lieu que d’élément formel, mais elle englobe inéluctablement d’innombrables aspects de matières ou conduites très diverses, comme la participation à un service religieux, la vie commune de personnes non mariées ou même l’aide internationale, des sujets qui, même s’ils mettent en jeu des questions morales dont l’importance fait consensus, ne peuvent être considérés comme relevant tous du droit criminel.

[239] À notre avis, cela va au-delà de toute interprétation judiciaire antérieure. Il s’agit là d’une « définition sans balises », un type de définition qui, selon la Juge en chef elle-même, doit être rejeté parce qu’il met en péril l’équilibre constitutionnel recherché par le partage des compétences fédérale et provinciales (par. 43). Certes, le droit criminel exprime souvent des aspects de la morale d’une société ou, plus largement, de ses valeurs fondamentales. Cependant, une intervention législative du Parlement sur cette base suppose tout de même l’existence d’un problème moral réel et important. Il faut d’ailleurs se garder d’assimiler toute question sociale, économique ou scientifique à un problème moral. En 1931, dans *Proprietary Articles Trade Association*, le Conseil privé rejetait toute conception du droit criminel qui ne tiendrait pas compte de l’évolution de la société. C’est donc dire que la décision du Parlement de criminaliser un acte reste soumise à un contrôle des tribunaux qui tiendra compte de l’attitude de la société. Dans ce domaine, on doit aussi rester conscient de la diversité des conceptions philosophiques ou religieuses inhérente à une société aussi diversifiée que la société canadienne contemporaine. D’ailleurs, on se souviendra que si la conception des règles du *Code criminel* a été longtemps empreinte des principes de la morale judéo-chrétienne, l’évolution de la société a fait éclater ce carcan. Après l’entrée en vigueur de la *Charte*, par exemple, des changements fondamentaux ont touché nombre d’infractions liées au sexe, à la pornographie ou à la prostitution et ont révélé l’importance de l’éclatement du cadre conceptuel antérieur (voir les anciens art. 156, 157 et 158 du *Code criminel*, abrogés par L.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 9, et L.C. 1987, ch. 24, art. 4, et les arrêts *Butler, R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2,

judgments on the application of the *Charter* have not of course purported to define the limits of the federal criminal law power, but they do clearly illustrate what is considered to be an evil, which is a question the Chief Justice does not deal with in her analysis relating to morality. We also note that, although the existence of an evil to be suppressed is not discussed in her analysis of the moral aspect of the criminal law, it is given considerable emphasis in her analysis of the public health-related aspect of the criminal law (paras. 52-56 and 62).

[240] In this context, absent an intention to change the law and give the federal criminal law power an unlimited and uncontrollable scope, the requirement of a real evil and a reasonable apprehension of harm constitutes an essential element of the substantive component of the definition of criminal law. Without it, the federal criminal law power would in reality have no limits. The federal government would have the authority under the Constitution to make laws in respect of any matter, provided that it cited its criminal law power and that it gave part of its legislation the form of a prohibition with criminal sanctions. This is what Rand J. wanted to prevent in the *Margarine Reference*.

[241] In cases in which the purpose being relied on was the protection of public health, the courts have shown less deference to Parliament if the risk could not be easily demonstrated. They may have taken this stance because risks to health can often be established through empirical studies. For example, in the *Margarine Reference*, the fact that consuming margarine entailed no health risks explains why no connection could be established between the prohibition and the criminal law power. In *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914, the failure to demonstrate a risk associated with the consumption of malt liquors accounts for the outcome of the trial. In *RJR-MacDonald*, on the other hand, given the well-established health risks

[2001] 1 R.C.S. 45, et *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123). Certes les arrêts rendus sur l'application de la *Charte* n'ont pas pour but de définir les limites de la compétence fédérale en droit criminel, mais ils illustrent bien ce qui est considéré comme un mal, une considération qui est exclue de l'analyse de la Juge en chef en relation avec la morale. Nous notons par ailleurs que si l'existence d'un mal à réprimer ne figure pas dans son analyse du volet moral du droit criminel, elle occupe par contre une place importante dans son analyse du volet relatif aux problèmes de santé publique du droit criminel (par. 52-56 et 62).

[240] Dans un tel contexte, à moins de vouloir changer le droit et conférer une portée illimitée et incontrôlable à la compétence fédérale en droit criminel, l'exigence que le mal soit réel et que l'appréhension du préjudice soit raisonnable constitue une composante essentielle du volet matériel de la définition du droit criminel. L'absence d'une telle exigence supprimerait dans les faits toute limite du pouvoir fédéral de légiférer en droit criminel. La constitution canadienne autoriserait alors le gouvernement fédéral à légiférer en toutes matières dès lors qu'il invoque sa compétence en droit criminel et confère à une partie de sa mesure législative une forme prohibitive assortie de sanctions pénales. C'est ce que le juge Rand a voulu empêcher dans le *Renvoi sur la margarine*.

[241] Lorsque l'objectif invoqué était la protection de la santé publique et que le risque ne pouvait être démontré facilement, les tribunaux se sont montrés exigeants envers le législateur fédéral. Cette attitude peut s'expliquer par le fait que des études empiriques parviennent souvent à démontrer l'existence de risques divers pour la santé. Par exemple, dans le *Renvoi sur la margarine*, l'absence de risque sanitaire associé à la consommation de la margarine explique que l'interdiction ne pouvait être rattachée au chef de compétence relatif au droit criminel. Dans l'affaire *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914, l'absence de démonstration du risque lié à la consommation des liqueurs de malt explique l'issue du procès. Par contre, dans

associated with tobacco consumption, the exercise of the criminal law power was found to be justified.

[242] Furthermore, the fact that certain provisions of a statute have a connection with the criminal law does not mean that the entire statute can be justified in the same manner and on the same basis. For example, in *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284, the majority clearly stated that the *Food and Drugs Act* had three distinct parts, one of which — on marketing — fell under the trade and commerce power rather than the criminal law power (p. 288). The same type of distinction was made in the *Margarine Reference*, and it resulted in a declaration that the provisions respecting the production, possession and sale of the products in question were invalid. A similar distinction can be drawn in the case at bar between the absolute prohibitions and the impugned provisions of the *AHR Act*.

[243] Although a reasoned apprehension of harm necessarily constitutes a criminal law purpose, health, ethics and morality do not automatically arouse such an apprehension in every case. For an activity to fall under the criminal law, it must be found that there is an evil to be suppressed or prevented and that the pith and substance of the provisions in issue is the suppression of that evil or the elimination of that reasoned risk of harm.

[244] When Parliament exercises a power assigned to it, it can establish national standards. However, administrative efficiency alone cannot be relied on to justify legislative action by Parliament (*Margarine Reference*, at p. 52). The action must be taken within the limits of an assigned head. Recourse to the criminal law power cannot therefore be based solely on concerns for efficiency or consistency, as such concerns, viewed in isolation, do not fall under the criminal law. The three criteria of the criminal law must be met.

*RJR-MacDonald*, devant les conséquences néfastes bien établies de la consommation de tabac, l'exercice du pouvoir de légiférer en matière de droit criminel a été considéré comme justifié.

[242] De plus, nous tenons à souligner que le rattachement de certaines dispositions d'une loi au droit criminel ne signifie pas que toute la loi soit justifiée de la même façon et sur la même base. Ainsi, dans *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284, la majorité a clairement affirmé que la *Loi des aliments et drogues* comporte trois parties distinctes, dont l'une — qui porte sur la commercialisation — relève de la compétence sur les échanges et le commerce, et non de la compétence sur le droit criminel (p. 288). Le même type de distinction a été fait dans le *Renvoi sur la margarine* et a conduit à une déclaration d'invalidité des dispositions sur la production, la possession et la vente des produits concernés. Une distinction semblable peut être faite dans la présente affaire entre les prohibitions absolues et les dispositions contestées de la *LPA*.

[243] Si la crainte raisonnée de préjudice constitue nécessairement un objet justifiant le recours en droit criminel, la santé, l'éthique et la morale ne suscitent pas d'emblée ou dans tous les cas une telle crainte. Pour qu'une activité relève du droit criminel, il faut conclure qu'il existe un mal à réprimer ou à prévenir et que, de fait, le caractère véritable des dispositions en question est la répression de ce mal ou la prévention de ce risque raisonné de préjudice.

[244] L'exercice par le Parlement d'une compétence qui lui est attribuée lui permet d'établir des normes nationales. L'efficacité administrative à elle seule ne peut cependant pas justifier l'intervention législative de l'ordre fédéral (*Renvoi sur la margarine*, p. 52). Encore faut-il que cette intervention respecte les limites d'une compétence attribuée. Le recours au pouvoir de légiférer en matière de droit criminel ne saurait donc se fonder simplement sur un souci d'efficacité ou d'uniformité, puisqu'un tel objet, pris isolément, ne relève pas du droit criminel. Les trois composantes du droit criminel doivent être présentes.

[245] The subjects set out in the lists of federal and provincial powers represent an organizational framework for constitutional powers that is designed to establish a federal scheme and enable the scheme to develop in accordance with its fundamental structures. As the Court noted in the *Reference re Firearms Act*, Canada's constitutional balance of powers requires each level of government to respect the other's jurisdiction:

Although the criminal law power is broad, it is not unlimited. Some of the parties before us expressed the fear that the criminal law power might be illegitimately used to invade the provincial domain and usurp provincial power. A properly restrained understanding of the criminal law power guards against this possibility. [para. 30]

[246] The principles underlying the balance of Canadian federalism themselves require that rules that relate in pith and substance to the criminal law power be distinguished from those that, although having a regulatory aspect, are intended to govern fields falling under other — exclusive or concurrent — federal or provincial powers.

(2) Lack of a Connection Between the Pith and Substance of the Impugned Provisions and the Federal Criminal Law Power

[247] In the instant case, the primary focus of the analysis is on the “evil” the impugned provisions are intended to suppress. The Attorney General of Canada relies on the fact that the criminal law has traditionally been linked to Parliament's power to make laws in relation to safety, morality and public health. More specifically, he submits that the scheme in issue contemplates a range of activities that pose risks to the fundamental values of morality and public health, and that these risks explain the enactment of this diverse set of measures and justify the concerns expressed with respect to assisted human reproduction and the creation of life. The Chief Justice goes even further, as she departs from the Attorney General of Canada's position. She considers that the purpose of the *AHR Act* is to prohibit conduct considered by Parliament to be reprehensible (para. 30).

[245] Les matières énumérées à la liste des compétences fédérales et provinciales représentent un cadre d'organisation des pouvoirs constitutionnels destiné à établir un régime fédéral et à permettre son développement dans le respect de ses structures fondamentales. Du respect des compétences des deux ordres de gouvernement dépend l'équilibre fédératif canadien, ce que rappelle la Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu* :

La compétence en matière de droit criminel est vaste, mais elle n'est pas illimitée. Certaines parties ont exprimé devant notre cour la crainte que cette compétence soit utilisée de façon illégitime pour envahir un domaine provincial et usurper des pouvoirs provinciaux. Une perception dûment pondérée de la compétence en matière de droit criminel exclut cette éventualité. [par. 30]

[246] Les règles qui fondent l'équilibre du fédéralisme canadien exigent elles-mêmes que l'on distingue les normes qui, par leur caractère véritable, ressortissent au droit criminel de celles qui, même si elles revêtent un aspect réglementaire, visent à régir un domaine relevant d'autres compétences fédérales ou provinciales, exclusives ou concurrentes.

(2) Absence de rattachement du caractère véritable des dispositions contestées à la compétence fédérale en droit criminel

[247] En l'espèce, l'analyse porte principalement sur le « mal » que le Parlement vise à réprimer au moyen des dispositions contestées. Le procureur général du Canada s'appuie sur le fait que, traditionnellement, le droit criminel est lié à la compétence du Parlement de légiférer pour protéger la sécurité, la morale et la santé publique. Il soutient plus précisément que le régime en cause vise un ensemble d'activités présentant des risques d'atteinte aux valeurs fondamentales que sont la morale et la santé publique. Ces risques expliqueraient l'adoption de cet ensemble de mesures diverses et justifieraient les préoccupations exprimées au sujet de la procréation assistée et de la création de la vie. La Juge en chef va même plus loin, s'écartant ainsi de la thèse avancée par le procureur général du Canada. Elle estime que la *LPA* vise à réprimer des actes que le Parlement tient pour répréhensibles (par. 30).

[248] The problem with these positions is that although a connection can be made between the pith and substance of the absolute prohibitions and a risk of harm, the same cannot be said of the regulation of the other activities and of the regulatory scheme that is established. It should be noted that the *AHR Act* prohibits, for example, altering the genome of a cell such that the alteration is capable of being transmitted to descendants (s. 5(1)(f)) or creating animal-human hybrids (s. 5(1)(h), (i) and (j)). The Baird Commission concluded that there was a consensus in society that these activities threaten the future of the human race.

[249] As for the controlled activities, they include practices such as insemination and *in vitro* fertilization using genetic material from a man and a woman who will become the parents. These are legitimate practices on which, according to the Baird Commission, a broad consensus exists (Baird Report, at p. 140). They have even been included among the basic services covered by Ontario's health insurance plan for more than 15 years (Baird Report, at p. 82).

[250] To find that the pith and substance of the impugned provisions relates to the prohibition of reprehensible conduct is therefore problematic in two ways. First, from the standpoint of morality, no evil has been identified. Second, all activities related to assisted human reproduction are regulated, not just specific ones that Parliament could theoretically have considered — but in fact did not consider — reprehensible. A review of all the work of the Baird Commission and the discussion group together with the Health Canada studies, the importance of which we highlighted above, confirms that, where the impugned provisions are concerned, Parliament's action did not have the purpose of upholding morality and was not based on a reasoned apprehension of harm. The Baird Commission had drawn a fundamental distinction between the activities the prohibition of which is not being challenged and a set of activities to be regulated, the beneficial nature of which it emphasized. Finally, in its statement of principles, Parliament made it clear that it considered assisted

[248] Ces thèses posent problème, car si le caractère véritable des prohibitions absolues peut être lié à un risque de préjudice, il n'en va pas de même de la réglementation des autres activités et du régime de contrôle mis en place. Rappelons que la *LPA* prohibe par exemple la modification du génome d'une cellule de façon à rendre la modification transmissible aux descendants (al. 5(1)f)) ou la création d'hybrides animal-humain (al. 5(1)h), i) et j)). La Commission Baird avait conclu qu'il existait un consensus social sur le caractère dangereux de ces activités pour l'avenir de la race humaine.

[249] Pour leur part, les activités réglementées englobent des pratiques comme l'insémination ou la fécondation *in vitro* à partir de matériel génétique provenant d'un homme et d'une femme qui seront les parents. Il s'agit de pratiques légitimes au sujet desquelles la Commission Baird reconnaissait l'existence d'un large consensus (Rapport Baird, p. 158) et qui font même partie des services de base couverts par le régime d'assurance-maladie de l'Ontario depuis plus de 15 ans (Rapport Baird, p. 94).

[250] Conclure que le caractère véritable des dispositions contestées réside dans la répression d'actes répréhensibles est donc problématique à deux titres. D'abord, pour ce qui est de la morale, aucun mal n'est identifié. Ensuite, toutes les activités liées à la procréation assistée sont réglementées, et non seulement les activités particulières qui, théoriquement, auraient pu être considérées comme répréhensibles par le Parlement et qui ne l'ont pas été réellement. L'examen de l'ensemble des travaux de la Commission Baird et du groupe de discussion, ainsi que des études de Santé Canada dont nous avons rappelé l'importance confirme que l'intervention du Parlement, en ce qui a trait aux dispositions attaquées, n'avait aucunement comme objectif de préserver la morale et n'était pas fondée sur une appréhension raisonnée de préjudice. La Commission Baird avait reconnu une distinction fondamentale entre les actes dont la prohibition n'est pas contestée et un ensemble d'activités destinées à être réglementées et dont elle mettait en évidence le caractère bénéfique. Enfin, dans son

reproduction services to be beneficial. In light of the evidence, the concerns that led Parliament to enact the impugned provisions quite simply did not include the purpose of upholding morality relied on by the Chief Justice.

[251] Nothing in the record suggests that the controlled activities should be regarded as conduct that is reprehensible or represents a serious risk to morality, safety or public health. As we mentioned above, Parliament, in adopting the Baird Report's recommendation on controlled activities, intended to establish national standards for assisted human reproduction. The purpose was not, therefore, to protect those who might resort to assisted human reproduction on the basis that it was inherently harmful. Assisted human reproduction was not then, nor is it now, an evil needing to be suppressed. In fact, it is a burgeoning field of medical practice and research that, as Parliament mentions in s. 2 of the *AHR Act*, brings benefits to many Canadians.

[252] Both at the time of the Baird Commission's work and during the parliamentary debates, questions were raised and comments made about Parliament's authority to create such a regulatory scheme. We have already mentioned the Commission's opinion on the prohibited activities and the controlled activities, but there is more. It is clear from the Commission's report that its mandate and its recommendations were conducive to actions involving more than just the federal government's legislative powers:

It is clear, then, that many sectors of society beyond the health care sector and public institutions beyond the federal government will have crucial roles to play. Concerted action and cooperation by the provinces/territories, the professions, and other key participants in the context of the proposed national framework are the only way to ensure ethical and accountable use of new reproductive technologies in Canada — now and in the future. [p. 1021]

énoncé de principes, le Parlement indique clairement qu'il tient pour bénéfiques les services liés à la procréation assistée. Au vu de la preuve, l'objectif de préserver la morale sur lequel s'appuie la Juge en chef est tout simplement absent des préoccupations du Parlement pour ce qui est des dispositions contestées.

[251] Le dossier ne fait état d'aucun élément qui assimilerait les activités réglementées à des actes répréhensibles ou présentant des risques graves pour la morale, la sécurité ou la santé publique. Comme nous le relevons précédemment, en adoptant la recommandation du Rapport Baird concernant les activités réglementées, le but du Parlement était d'établir des normes nationales pour régir la procréation assistée. Il ne s'agissait donc pas de protéger les personnes susceptibles de recourir à celle-ci au motif qu'elle est néfaste en soi. La procréation assistée n'était pas alors un mal qu'il convenait de réprimer, et elle ne l'est pas non plus aujourd'hui. En réalité, il s'agit d'un domaine en plein essor de la pratique médicale et de la recherche qui, comme l'énonce le Parlement à l'art. 2 de la *LPA*, comporte des avantages pour de nombreux Canadiens et Canadiennes.

[252] Tant lors des travaux de la Commission Baird que lors des débats parlementaires, la compétence du Parlement d'instituer le régime réglementaire a suscité interrogations et commentaires. Nous avons déjà mentionné l'opinion de la Commission sur les actes prohibés et sur les activités réglementées, mais il y a plus. À la lecture de son rapport, on constate d'emblée que le mandat et les recommandations de la Commission sont de nature à susciter des interventions qui dépassent le cadre des seules compétences législatives fédérales :

Il est donc clair que bien des secteurs de la société, outre celui de la santé, et de nombreuses institutions publiques, en plus du gouvernement fédéral, auront un rôle capital à jouer. L'action concertée et la collaboration des provinces et des territoires, des professionnels et d'autres participants clés, dans le cadre national proposé, sont les seuls moyens d'assurer que — dès maintenant et dans l'avenir — le recours aux nouvelles techniques de reproduction au Canada est sûr et conforme à l'éthique. [p. 1157]

[253] Regardless of whether the Commission's opinion on the need to rely on the general federal power to make laws for the peace, order and good government of Canada was valid, it appears to have been shared by stakeholders at that time. For example, in the news release announcing the moratorium on prohibited activities, the federal Minister of Health mentioned consultations with the provinces on the regulation of assisted human reproduction and stated that those consultations would be "extensive and complex due to the nature of the shared jurisdiction among the federal, provincial and territorial governments in this area" (p. 2). Approval for basing the regulatory scheme on the criminal law power was far from unanimous. Many of those who participated in the proceedings pointed out that many aspects of the field of assisted human reproduction fell within provincial jurisdiction. Moreover, in his testimony in 2001 before the Standing Committee on Health, which was studying the draft bill, the Minister of Health referred, in discussing the constitutional basis for federal action, not to the criminal law power, but to the "general jurisdiction to legislate where there are broad matters of health and safety and order concerning all Canadians" (House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Health*, No. 013, 1st Sess., 37th Parl., May 3, 2001, at 11:35 (online); see also *House of Commons Debates*, May 21, 2002, May 27, 2002, and January 28, 2003).

[254] The concerns expressed by many participants and their hesitation to base the legislative framework on the federal criminal law power should come as no surprise. Although assisted human reproduction raises moral and ethical questions, this does not necessarily mean that exercising the criminal law power is justified on the basis that there is an evil to be suppressed. Rather, both those who testified before the Baird Commission and those who participated in the parliamentary debates acknowledged that the development of assisted human reproduction amounts to a step forward for the constantly growing number of people dealing with infertility. Moreover, it represents the only option for homosexuals who wish to reproduce. The risks for the health and safety of people

[253] Que l'opinion de la Commission sur la nécessité de recourir à la compétence fédérale générale pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement soit fondée ou non, elle semblait partagée par les intervenants de l'époque. Ainsi, dans le communiqué annonçant le moratoire sur les actes prohibés, le ministre fédéral de la Santé faisait mention de la consultation des provinces sur l'encadrement de la procréation assistée et indiquait qu'il s'agissait d'un « exercice intense et complexe en raison du partage des compétences fédérales, provinciales et territoriales dans ce domaine » (p. 2). L'exercice de la compétence en matière de droit criminel pour créer le régime de réglementation était loin de faire l'unanimité. De nombreux intervenants firent valoir que maints aspects de la procréation assistée relevaient des provinces. Lors de son témoignage en 2001 devant le Comité permanent de la santé qui étudiait l'avant-projet de loi, le ministre de la Santé invoquait d'ailleurs, comme fondement constitutionnel de l'intervention fédérale, non pas la compétence en droit criminel, mais le « pouvoir général de légiférer quand se posent pour tous les Canadiens de grandes questions en matière de santé ainsi que de sécurité et d'ordre » (Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la santé*, n° 013, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 3 mai 2001, 11:35 (en ligne); voir aussi *Débats de la Chambre des communes*, 21 mai 2002, 27 mai 2002 et 28 janvier 2003).

[254] Les inquiétudes de nombreux intervenants et leur hésitation à fonder l'encadrement réglementaire sur la compétence fédérale en droit criminel ne doivent pas nous étonner. En effet, si la procréation assistée soulève des questions morales et éthiques, cela ne signifie pas nécessairement que le recours au droit criminel est justifié par l'existence d'un mal à réprimer. Tant devant la Commission Baird qu'au cours des travaux parlementaires, les interventions traduisent plutôt une reconnaissance du fait que le développement de la procréation assistée représente un progrès pour le nombre sans cesse croissant de personnes aux prises avec l'infertilité. De plus, il s'agit de la seule avenue qui s'offre aux personnes homosexuelles qui veulent procréer. Les risques pour la santé et la sécurité des

who resort to these technologies do not distinguish the field of assisted human reproduction from other fields of medical practice that have evolved after a period of experimentation, such as that of organ transplants or grafts.

[255] Medical advances are not limited to the field of assisted human reproduction, and many such advances can raise issues related to ethics, morality, safety and public health. There is no question that the success rate of the first few attempts at heart bypass surgery was less spectacular, the technologies less sophisticated and the materials less diverse. Although heart surgery, like many other medical treatments, may raise issues related to health, safety, ethics and morality, particularly where children, senior citizens or disabled persons are involved, criminalizing the practice of cardiology is not being considered. Neither a desire for uniformity nor the very novelty of a medical technology can serve as the basis for an exercise of the federal criminal law power.

[256] In the end, if we were to adopt the Attorney General of Canada's interpretation and accept that the fact that a technology is "novel" justifies, on its own, resorting to the criminal law power, nearly every new medical technology could be brought within federal jurisdiction. This view of the criminal law is incompatible with the federal nature of Canada; it not only upsets the constitutional balance of powers in the field of health, but also undermines the very definition of federalism.

[257] We cannot, therefore, accept the argument that the criminal law power gives Parliament an unconditional substantive right to take action to protect morality, safety and public health. The Attorney General of Canada has in the alternative invoked no other powers that could serve as a basis for the exercise of Parliament's legislative authority.

[258] As we explained above, in determining whether a provision is valid, the court must

personnes qui recourent aux techniques en cause ne font pas de la procréation assistée un domaine différent des autres champs de la pratique médicale qui ont évolué après une période d'expérimentation, comme la transplantation ou la greffe d'organes.

[255] Les progrès médicaux ne se limitent pas au seul domaine de la procréation assistée, et un grand nombre d'entre eux sont susceptibles de soulever des questions liées à l'éthique, à la morale, à la sécurité et à la santé publique. Certes, lors des premiers pontages cardiaques, le taux de réussite était moins spectaculaire, les techniques moins sophistiquées et les matériaux moins diversifiés. Bien qu'une chirurgie cardiaque — comme de nombreux autres traitements médicaux par ailleurs — puisse soulever des questions de santé, de sécurité, d'éthique et de morale, notamment lorsque des enfants ou des personnes âgées ou handicapées sont concernées, on ne songe pas pour autant à criminaliser la cardiologie. Pas plus que le désir d'uniformité, le seul caractère novateur d'une technique médicale ne saurait servir de fondement à l'exercice de la compétence fédérale en droit criminel.

[256] À terme, retenir l'interprétation du procureur général du Canada et reconnaître que le caractère « inédit » d'une technique justifie en soi le recours au droit criminel pourrait mener à l'assujettissement de presque toutes les nouvelles techniques médicales à la compétence fédérale. Cette conception du droit criminel est incompatible avec la nature fédérative de notre État; non seulement elle bouleverse notre équilibre fédératif dans le domaine de la santé, mais elle mine aussi la définition même du fédéralisme.

[257] Par conséquent, nous rejetons l'argument selon lequel la compétence en droit criminel conférerait au Parlement, sur le plan matériel, un droit inconditionnel d'intervenir pour protéger la morale, la sécurité et la santé publique. Le procureur général du Canada n'a pas invoqué à titre subsidiaire d'autres compétences susceptibles de fonder l'exercice du pouvoir législatif du Parlement.

[258] Comme nous l'avons expliqué plus tôt, pour statuer sur la validité d'une disposition, il faut entre

examine, *inter alia*, the overflow from the exclusive jurisdiction of the government that enacted it. Often, the overflow is proved by demonstrating that the rules fall within the jurisdiction of the other level of government, and the Attorney General of Quebec has in fact done so in the instant case. We will now therefore turn to the connection between the impugned provisions and the exclusive provincial power.

### (3) Connection With Provincial Powers

[259] The Attorney General of Quebec submits that the impugned provisions fall within the provinces' exclusive jurisdiction over hospitals, education, property and civil rights, and matters of a merely local nature (s. 92(7), (13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*). It is clear from the record that the impugned statutory provisions fall under various provincial heads of power.

[260] A lengthy review is not needed to determine that the impugned provisions affect rules with respect to the management of hospitals. Parliament has provided that the *AHR Act* applies to all premises in which controlled activities are undertaken (s. 13). Yet it is inconceivable that assisted reproductive technologies could be employed without the support of institutions under provincial jurisdiction: such institutions are where specimens are taken, diagnoses are made, materials are stored, treatment is provided and follow-up takes place. The power of the provinces to make laws in relation to the establishment, maintenance and management of hospitals is therefore engaged, and it necessarily includes the power to establish standards for the operation of such institutions (see *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 24). For the purpose of establishing a constitutional connection, there is no reason to distinguish clinics or laboratories that conduct analyses or take specimens from hospitals. All such institutions are related on the basis of a common practice, and they cannot be characterized using any term other than "hospital" merely because they are specialized or small. Thus, it is

autres se pencher sur le débordement de la compétence exclusive de l'ordre qui l'a adoptée. Le débordement se prouve souvent en démontrant que les normes relèvent de la compétence de l'autre ordre de gouvernement. C'est ce que le procureur général du Québec a fait en l'espèce. C'est pourquoi nous passons au rattachement des dispositions contestées à la compétence exclusive des provinces.

### (3) Rattachement aux compétences des provinces

[259] Le procureur général du Québec plaide que les dispositions contestées relèvent de la compétence exclusive des provinces sur les hôpitaux, l'éducation, la propriété et les droits civils et les matières d'une nature purement locale (par. 92(7), (13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*). L'étude du dossier confirme que les dispositions législatives contestées relèvent de divers chefs de compétence provinciale.

[260] Il n'est pas nécessaire de procéder à un long examen pour constater que les dispositions contestées touchent les normes de gestion des hôpitaux. En effet, le Parlement a assujéti à la *LPA* tous les établissements où des activités réglementées sont exercées (art. 13). Cela étant, il est impossible d'envisager le recours aux techniques de procréation assistée sans l'appui d'établissements relevant des provinces : les prélèvements y sont effectués, les diagnostics y sont posés, le matériel y est conservé, les traitements y sont fournis et le suivi y est assuré. La compétence des provinces de légiférer sur l'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux est donc concernée et elle emporte nécessairement celle d'assujéti à des normes le fonctionnement des centres hospitaliers (voir *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 24). Aux fins du rattachement constitutionnel, il n'y a pas lieu de distinguer entre les cliniques ou les laboratoires d'analyse ou de prélèvement et les hôpitaux. Tous ces établissements sont liés par une pratique commune, et leur spécialisation ou leur taille ne permet pas de les qualifier à l'aide d'un autre vocable qu'« hôpital ». Il est donc clair que les dispositions qui imposent des

clear that the provisions that impose obligations in respect of premises where activities related to assisted reproduction take place are intended to apply to all such activities and all such institutions, without distinguishing between clinics and hospitals. In this sense, in light of the pith and substance of the impugned provisions — the regulation of assisted human reproduction as a health service — those provisions are closely connected with the activities of hospitals and fall within the power of the provinces to make laws in relation to that matter.

[261] The Attorney General of Quebec also argues that the provinces' power to make laws in relation to education is engaged here. This argument is not convincing. The rules established in the *AHR Act* relate to this power only to the extent that the activities associated with assisted human reproduction either require certain qualifications for which special training is necessary or take place in university hospitals for research or educational purposes. Furthermore, the purpose of the Federal Agency's authority to oversee persons and institutions licensed to engage in assisted reproductive activities is not related to training or to the framework within which training takes place. The rules do not therefore have the regulation of teaching as their pith and substance, and the provisions themselves are only indirectly connected with the provinces' power in relation to education.

[262] The other two heads of power relied on by the Attorney General of Quebec are property and civil rights, and local matters. These two powers, which are often invoked together, are broad. The expression "civil rights" is now understood in association with fundamental freedoms. In the context of s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, however, it refers to the field of private law (H. Brun, G. Tremblay and E. Brouillet, *Droit Constitutionnel* (5th ed. 2008); A. Tremblay, *Les Compétences législatives au Canada et les Pouvoirs provinciaux en Matière de Propriété et de Droits civils* (1967)). More specifically, this head of power covers property, the status and capacity of persons, the family, matrimonial agreements, extracontractual and contractual liability, privileges, hypothecs,

obligations à l'égard des établissements où sont exercées des activités liées à la procréation assistée ont pour objet de régir l'ensemble de ces activités et de ces établissements, et ce, sans distinguer entre une clinique ou un hôpital. En ce sens, le caractère véritable des dispositions — la réglementation de la procréation assistée en tant que service de santé — rattache étroitement les dispositions contestées aux activités des hôpitaux et les fait relever du pouvoir des provinces de légiférer sur cette matière.

[261] Le procureur général du Québec soutient aussi que la compétence législative des provinces en matière d'éducation est en jeu. L'argument n'est pas convaincant. En effet, les normes de la *LPA* ne s'appliquent que dans la mesure où les activités liées à la procréation assistée exigent certaines qualifications nécessitant une formation particulière ou qu'elles se déroulent dans des hôpitaux universitaires à des fins de recherche ou de formation. De plus, nous constatons que le pouvoir de surveillance accordé à l'Agence fédérale à l'égard des personnes et des établissements autorisés à exercer des activités liées à la procréation assistée ne vise pas la formation ni son encadrement. Le caractère véritable des normes ne vise donc pas la réglementation de l'enseignement, et les dispositions comme telles ne sont qu'indirectement rattachées à la compétence provinciale sur l'éducation.

[262] Les deux autres chefs de compétence invoqués par le procureur général du Québec sont la propriété et les droits civils, ainsi que les matières locales. Souvent invoqués de pair, ils ont une vaste portée. L'acception moderne associe le terme « droits civils » aux libertés fondamentales. Cependant, dans le contexte du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il renvoie plutôt au domaine du droit privé (H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (5<sup>e</sup> éd. 2008); A. Tremblay, *Les Compétences législatives au Canada et les Pouvoirs provinciaux en Matière de Propriété et de Droits civils* (1967)). Plus précisément, ce champ de compétence comprend les biens, l'état et la capacité des personnes, la famille, les conventions matrimoniales, la

liberalities and successions, and prescription. In short, it concerns a very large number of subjects that are addressed, in the case of Quebec, in the *Civil Code of Québec* (G.-A. Beaudoin, in collaboration with P. Thibault, *La Constitution du Canada: institutions, partage des pouvoirs, Charte canadienne des droits et libertés* (3rd ed. 2004)). Because of its broad scope, this head of power is often referred to as a partial residual jurisdiction.

[263] The power to make laws in relation to property and civil rights, which is by far the most important of the provincial heads of power, has been relied on so often in challenges of federal laws that “[m]ost of the major constitutional cases have turned on the competition between one or more of the federal heads of power, on the one hand, and property and civil rights, on the other” (Hogg, at p. 21-2). Since the founding of the Canadian federation, many government measures, including health-related measures, have been connected with this head of power (*Workmen’s Compensation Board v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1920] A.C. 184 (P.C.)).

[264] The power of the provinces in relation to matters of a merely local or private nature — which can also be regarded as a partial residual jurisdiction — has often been relied on in conjunction with their power in relation to property and civil rights (*Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] S.C.R. 396; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662, at p. 699; *Attorney General for Canada and Dupond v. City of Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770, at p. 792; *Siemens v. Manitoba*, at para. 22). Indeed, the courts have tended to consider the two heads of power as one. In *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112, however, the majority of this Court held that this power to make laws in relation to matters of a merely local nature was the only source of the provinces’ general authority over health that supported a finding that the *Heroin Treatment Act, 1978*, enacted by the British Columbia legislature was valid.

responsabilité extracontractuelle et contractuelle, les privilèges, les hypothèques, les libéralités et les successions et la prescription. Il se rapporte en somme à un très grand nombre de sujets dont traite, dans le cas du Québec, le *Code civil du Québec* (G.-A. Beaudoin, en collaboration avec P. Thibault, *La Constitution du Canada : institutions, partage des pouvoirs, Charte canadienne des droits et libertés* (3<sup>e</sup> éd. 2004)). En raison de la vaste portée de ce champ de compétence, on y réfère souvent à titre de compétence résiduelle partielle.

[263] De loin le plus important des chefs de compétence provinciale, le pouvoir de légiférer sur la propriété et les droits civils est si souvent invoqué pour contester des lois fédérales que, [TRADUCTION] « [d]ans la plupart des grandes causes constitutionnelles, on oppos[e], d’une part, un ou plusieurs chefs de compétence fédérale, et, d’autre part, la compétence sur la propriété et les droits civils » (Hogg, p. 21-2). Depuis la naissance de la fédération canadienne, nombre de mesures gouvernementales ont été rattachées à ce champ de compétence, notamment en matière de santé (*Workmen’s Compensation Board c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1920] A.C. 184 (C.P.)).

[264] La compétence des provinces sur les matières de nature purement locale ou privée — qu’il convient aussi de considérer comme une compétence résiduelle partielle — est souvent invoquée de pair avec la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils (*Provincial Secretary of Prince Edward Island c. Egan*, [1941] R.C.S. 396; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662, p. 699; *Procureur général du Canada et Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770, p. 792; *Siemens c. Manitoba*, par. 22). La jurisprudence tend d’ailleurs à les assimiler l’une à l’autre. Toutefois, dans *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, la majorité a considéré ce pouvoir de légiférer sur les matières de nature purement locale comme étant la seule source de compétence générale des provinces en santé qui permettait de reconnaître la validité de l’*Heroin Treatment Act, 1978*, adoptée par la législature de la Colombie-Britannique.

[265] In reviewing the effects of the impugned provisions, we observed that the provisions affect essential aspects of the relationship between a physician and persons who require assistance for reproduction. The fact that several of the impugned provisions concern subjects that are already governed by the *Civil Code of Québec*, the *AHSSS*, the *Medical Act* and the rules of ethics applicable to the professionals in question is an important indication that, in pith and substance, the provisions lie at the very core of the provinces' jurisdiction over civil rights and local matters.

[266] To say, as the Attorney General of Canada does, that the impugned provisions have nothing to do with the quality of medical procedures is to deny the medical environment in which assisted human reproduction activities take place, where the physician plays a crucial role. Not only is the physician centrally involved in making the diagnosis, but he or she is also one of the people who will provide the information the patients need to make a decision and who will act on that decision and then follow up on the treatment. Ample proof of the effect of the impugned provisions of the *AHR Act* on the practice of medicine can be found in the obligations the provisions impose not only on physicians, but also on the institutions where assisted reproduction services are dispensed. Consent to treatment and to the donation and use of genetic material for assisted human reproduction — which forms the purpose of the regulations that are provided for — is intimately related to property and civil rights. In addition, the regulation of the medical profession and of the relationship between service providers and persons needing assistance to reproduce are also local matters for the purposes of the division of powers. Thus, viewed from the perspective of their dominant purpose and their effects, the impugned provisions have a close connection with the power to make laws in relation to civil rights and local matters.

[267] In short, the fact that the impugned provisions have a significant effect on activities that generally fall within the exclusive jurisdiction of the provinces confirms that those provisions represent an overflow of the exercise of the federal criminal

[265] Dans notre examen des effets des dispositions contestées, nous avons constaté qu'elles touchent des éléments essentiels de la relation entre le médecin et les personnes qui ont besoin d'aide pour procréer. Le fait que plusieurs des dispositions contestées portent sur des sujets déjà régis par le *Code civil du Québec*, la *LSSSS*, la *Loi médicale* et les règles de déontologie applicables aux professionnels en cause est une indication importante que, par leur caractère véritable, les dispositions se situent au cœur même de la compétence provinciale sur les droits civils et sur les matières locales.

[266] Affirmer, comme le fait le procureur général du Canada, que les dispositions contestées n'ont rien à voir avec la qualité des services médicaux revient à nier l'environnement dans lequel se déroule la procréation assistée. Le rôle du médecin y est crucial. Le médecin intervient non seulement au stade du diagnostic, mais il est aussi l'une des personnes qui fournira les informations nécessaires à la prise de la décision du patient, à la mise en œuvre de cette décision et au suivi du traitement. L'effet sur l'exercice de la médecine ressort amplement de l'examen des obligations auxquelles les dispositions contestées de la *LPA* assujettissent non seulement les médecins, mais aussi les établissements où sont dispensés les services de procréation assistée. Le consentement aux traitements, aux dons et à l'utilisation du matériel génétique pour la procréation assistée — qui est l'objet de la réglementation prévue — est intimement lié à la propriété et aux droits civils. Par ailleurs, l'encadrement de la profession médicale et de la relation entre les fournisseurs de services et les personnes qui ont besoin d'aide pour procréer sont tout autant des matières locales pour les besoins de la répartition des compétences. Considérées du point de vue de leur objet principal et de leurs effets, les dispositions contestées ont donc un rapport étroit avec la compétence sur les droits civils et les matières locales.

[267] En somme, les dispositions contestées débordent les limites de la compétence fédérale en droit criminel, ce que confirme leur effet important sur des activités qui relèvent généralement de la compétence exclusive des provinces. À ce stade,

law power. At this point, it might be tempting to declare that the impugned provisions are unconstitutional on this basis alone, as the Quebec Court of Appeal did. But it is necessary to complete the analysis and consider whether the ancillary powers doctrine applies. Before doing that, however, we must clarify a point regarding the double aspect doctrine, since the Chief Justice suggests that our approach represents a constitutional innovation. With all due respect, we must point out that she is not really considering the double aspect doctrine, because if she were, she would have to conclude that it applies to the absolute prohibitions, but not to the impugned provisions.

[268] The double aspect doctrine can be viewed at three different levels: (1) that of the facts themselves regardless of their legal characterization; (2) that of the legal perspectives represented by the legislative rules; and (3) that of the power in the context of the constitutional division of powers. The double aspect relates primarily to the second level, that is, to the different normative perspectives that make it possible to understand certain corresponding facts at the first level. When the doctrine applies, these rules at the second level are connected, on the basis of their pith and substance, with different powers at the third level, one of which may come under federal authority while the other comes under provincial authority.

[269] In the instant case, it can be seen from our review that the first level encompasses three distinct realities: (1.1) a category of activities that, according to the legislative facts, represent a social evil, namely the activities that are prohibited completely; (1.2) a second category of activities that are already found in medical practice and research and that, as a whole, form part of a health service, namely, among the controlled activities, the use of human reproductive material (s. 10 of the *AHR Act*), transgenic research (s. 11) and the regulation of the use of premises for health care and research (s. 13); and (1.3) a third category of activities governed by the provisions on consent and the use of genetic material obtained from minors (ss. 8 and 9), and on the reimbursement of expenditures incurred by a surrogate mother (s. 12).

on pourrait être tenté, à l'instar de la Cour d'appel du Québec, de déclarer invalides les dispositions contestées. Or, il faut poursuivre l'analyse jusqu'au bout et considérer l'application de la doctrine de la compétence accessoire. Auparavant, toutefois, il convient d'apporter une précision sur la doctrine du double aspect puisque la Juge en chef nous attribue une innovation constitutionnelle. En toute déférence, nous constatons qu'elle ne considère pas vraiment cette doctrine, car sinon, elle devrait conclure que la doctrine s'applique aux interdictions absolues, mais non aux dispositions contestées.

[268] Trois niveaux entrent en jeu dans la doctrine du double aspect : (1) celui des faits considérés indépendamment de leur qualification juridique; (2) celui des perspectives juridiques que représentent les normes législatives; (3) celui de la compétence du point de vue de l'équilibre fédératif. Le double aspect concerne principalement le deuxième niveau, soit les perspectives normatives différentes qui permettent d'appréhender certains faits correspondant au premier niveau. Lorsque la doctrine s'applique, ces normes du deuxième niveau se rattachent, sous l'angle du caractère véritable, à des compétences différentes du troisième niveau, dont l'une peut relever de l'autorité fédérale et l'autre de l'autorité provinciale.

[269] En l'espèce, notre examen fait ressortir que le premier niveau englobe trois réalités distinctes : (1.1) une catégorie d'actes qui, selon les faits législatifs, représentent un mal social — ce sont les actes frappés d'une prohibition absolue; (1.2) une deuxième catégorie d'actes que l'on observe déjà dans la pratique et la recherche médicales et qui sont dans l'ensemble des composantes d'un service de santé — ce sont, parmi les activités réglementées, l'utilisation de matériel reproductif humain (art. 10 de la *LPA*), la recherche transgénique (art. 11) et le contrôle des établissements de soins de santé et de recherche (art. 13), et (1.3) une troisième catégorie d'actes qui sont régis par les dispositions sur le consentement et l'utilisation du matériel génétique d'un mineur (art. 8 et 9) et le remboursement des frais de la mère porteuse (art. 12).

[270] At the second level, there is no question that the activities in category (1.1) could be viewed from two different normative perspectives: (2.1) that of the suppression of an evil and (2.2) that of the regulation of the practice of medicine and the delivery of health services. There is therefore a double aspect, since (2.1) can be connected with the federal criminal law power (3.1), and (2.2) can be connected with the provincial powers in relation to property and civil rights and to matters of a merely local nature (3.2). But in our opinion, in light of the legislative facts adduced in evidence, the activities in category (1.2) cannot be connected with the normative perspective of the suppression of an evil (2.1). These activities can be viewed only from perspective (2.2), which means that, unlike the activities in category (1.1), they do not have a double aspect. In other words, under Canadian constitutional law, the activities in category (1.2) — the controlled activities — can be considered from only one normative perspective that relates, because of its pith and substance, not to the federal criminal law power, but to the exclusive provincial powers we discussed above. There is therefore no double aspect in respect of category (1.2).

[271] As for the activities in category (1.3), they cannot be viewed from both perspective (2.1) of the suppression of an evil and perspective (2.2) of the regulation of the practice of medicine either. Indeed, we have already concluded that the provisions governing activities and premises associated with assisted human reproduction and related research (ss. 10, 11 and 13 of the *AHR Act*) actually fall under provincial jurisdiction. Parliament's attempt to justify its action in this area is specious. Its true objective was the one recommended by the Baird Commission that the drafters of the *AHR Act* were responsible for attaining: to establish national standards. It is in this light that the regulation of the activities in category (1.3) can be fully appreciated. Parliament has not sought to prohibit these activities as it has done with the activities in category (1.1). Rather, its intention was to establish uniform national conditions for consent, the use of genetic material obtained from minors and the reimbursement of expenditures. Moreover, it was not

[270] Au deuxième niveau, il ne fait aucun doute que les actes de catégorie (1.1) pourraient faire l'objet de deux perspectives normatives différentes, soit (2.1) — la répression d'un mal — et (2.2) — la réglementation de la pratique médicale et de la prestation des services de santé. Il y a là double aspect, car (2.1) se rattache à la compétence fédérale en droit criminel (3.1), et (2.2) se rattache aux compétences provinciales sur la propriété et les droits civils et sur les matières d'une nature purement locale (3.2). En revanche, nous ne croyons pas que les actes de la catégorie (1.2) puissent, suivant les faits législatifs mis en preuve, relever de la perspective normative de la répression d'un mal (2.1). Ils ne peuvent être appréhendés qu'à partir de la perspective (2.2), de sorte que, contrairement aux actes de la catégorie (1.1), ils ne présentent pas un double aspect. Autrement dit, dans notre droit constitutionnel, les actes de la catégorie (1.2), à savoir les activités réglementées, ne peuvent être considérés que dans une perspective normative relevant, en raison de son caractère véritable, non pas de la compétence fédérale en droit criminel, mais des compétences exclusives des provinces examinées précédemment. Il n'y a donc pas double aspect à l'égard de cette catégorie.

[271] Quant aux actes de la catégorie (1.3), ils ne peuvent, eux non plus, être appréhendés à la fois selon la perspective (2.1) de la répression d'un mal et celle (2.2) de la réglementation de la pratique médicale. En effet, nous avons déjà conclu que les dispositions régissant les activités et les lieux liés à la procréation assistée et à la recherche connexe (art. 10, 11 et 13 de la *LPA*) relèvent véritablement de la compétence provinciale. La tentative du Parlement de justifier son intervention dans ce domaine est spécieuse. Son but véritable était celui préconisé par la Commission Baird et que les rédacteurs de la *LPA* avaient pour mission de mettre en œuvre, à savoir établir des normes nationales. La réglementation des activités (1.3) prend alors tout son sens. Le Parlement ne vise pas à interdire ces activités comme il le fait pour les actes de catégorie (1.1). Il recherche plutôt l'uniformité nationale des conditions du consentement, de l'utilisation du matériel génétique du mineur et des frais. Nul besoin d'ailleurs qu'une disposition de la

even necessary to include a provision in the *AHR Act* with respect to the removal of genetic material without the donor's consent, since such an act would constitute assault under the *Criminal Code*. This shows that the attempt to deal with the activities in category (1.3) from a "federal" perspective has resulted in a specious form of legislation that is unacceptable under the constitutional principles that ground Canadian federalism.

[272] Insofar as the provisions pursuant to which the Federal Agency is responsible for implementing the regulatory scheme are purely ancillary and have no independent purpose, we need not go into greater detail in order to conclude that they are invalid. However, we wish to point out that the constitutional defects are not remedied by s. 68 of the *AHR Act*, which authorizes the Governor in Council to declare certain provisions inapplicable if the federal minister and the government of a province so agree. The jurisdictional overflow remains just as great as long as regulation of the activities in question remains dependent on the will of the federal government. As we mentioned above, federal and provincial powers are co-ordinate and not subordinate. In s. 68, Parliament has given the federal government a legal tool to impose its own standards on the regulation of assisted human reproduction. Provincial regulatory action will be tolerated only if the provinces in question adhere to the federal scheme. The federal government alone is to determine whether the two schemes are consistent. Subordinating the statutes and regulations in question in this way would be possible only if the federal legislation were itself valid because it was anchored in a specific federal power (see *Furtney*).

[273] In sum, the conclusion that the impugned provisions, far from falling under the federal criminal law power, relate instead to the provinces' jurisdiction over hospitals, property and civil rights and matters of a merely local or private nature is self-evident. If any doubt remained, this is where the principle of subsidiarity could apply, not as an independent basis for the distribution of legislative powers, but as an interpretive principle that

*LPA* régit le prélèvement du matériel génétique sans le consentement du donneur, puisqu'il s'agirait de voies de fait au sens du *Code criminel*. Cela illustre bien que la tentative d'appréhender les activités de catégorie (1.3) dans une perspective fédérale constitue une manière spécieuse de légiférer ce qui est inacceptable suivant les principes constitutionnels structurant le fédéralisme canadien.

[272] Dans la mesure où les dispositions conférant à l'Agence fédérale la responsabilité de mettre en œuvre le régime réglementaire sont purement accessoires et sont dénuées de tout objet indépendant, il n'est pas nécessaire d'élaborer davantage pour conclure à leur invalidité. Nous précisons cependant que l'art. 68 de la *LPA*, qui permet au gouverneur en conseil de déclarer certaines dispositions inapplicables lorsque le ministre fédéral et le gouvernement provincial en sont convenus, ne corrige pas les vices constitutionnels. En effet, le débordement de compétence demeure aussi important tant que le contrôle des activités en cause reste assujéti au bon vouloir de l'ordre fédéral. Les pouvoirs fédéral et provinciaux, nous l'avons déjà signalé, sont coordonnés et non subordonnés. À l'article 68, le Parlement fédéral donne à l'administration fédérale le moyen juridique d'imposer ses propres normes de réglementation de la procréation assistée et ne tolère l'intervention réglementaire des provinces que dans la mesure où ces dernières adhèrent au régime fédéral. Seule l'administration fédérale est appelée à apprécier la compatibilité des deux régimes. Une telle subordination des ordres législatifs et réglementaires en cause ne pourrait découler que d'une loi fédérale valide en soi, car elle serait ancrée dans une compétence fédérale déterminée (voir *Furtney*).

[273] En somme, la conclusion que les dispositions contestées, loin de relever de la compétence fédérale en droit criminel, ressortissent plutôt à la compétence des provinces sur les hôpitaux, la propriété et les droits civils et les matières d'une nature purement locale ou privée nous semble s'imposer d'elle-même. Si un doute devait subsister, c'est alors que pourrait intervenir le principe de subsidiarité, non comme source autonome de répartition

derives, as this Court has held, from the structure of Canadian federalism and that serves as a basis for connecting provisions with an exclusive legislative power. If subsidiarity were to play a role in the case at bar, it would favour connecting the rules in question with the provinces' jurisdiction over local matters, not with the criminal law power (see J.-F. Gaudreault-DesBiens, "The Irreducible Federal Necessity of Jurisdictional Autonomy, and the Irreducibility of Federalism to Jurisdictional Autonomy", in S. Choudhry, J.-F. Gaudreault-DesBiens and L. Sossin, eds., *Dilemmas of Solidarity: Rethinking Redistribution in the Canadian Federation* (2006), 185, at p. 193).

C. *The Ancillary Powers Doctrine Does Not Apply*

(1) Integration With a Valid Statute

[274] Were the impugned provisions enacted pursuant to a power that is ancillary to Parliament's criminal law power? To answer this question, we must focus our analysis on the relationship between these provisions and the provisions — which are not challenged by the Attorney General of Quebec — that prohibit activities. Ever since the first bills on this subject were introduced, the government's intention has remained at all times to prohibit certain specific activities associated with the manipulation of genetic material. Moreover, the provisions concerning the prohibited activities are the ones in respect of which the pressure on the federal government to take action was most intense. Not only did the Baird Commission make a separate recommendation regarding these activities in its final report, but they were for the most part included in the Health Canada moratorium. It must therefore be determined whether the impugned provisions are sufficiently integrated with the set of provisions criminalizing certain specific acts. As we have seen, it will first be necessary to assess the extent of the overflow, since that is what determines the degree of integration required — a functional or a necessary relationship.

des compétences législatives, mais comme principe d'interprétation qui, comme l'a reconnu notre Cour, se dégage de notre structure fédérative et qui permet de rattacher des dispositions à une compétence législative exclusive. En l'espèce, si le principe de subsidiarité devait jouer, il militerait en faveur du rattachement des normes en cause à la compétence provinciale relative aux matières locales, et non au droit criminel (voir J.-F. Gaudreault-DesBiens, « The Irreducible Federal Necessity of Jurisdictional Autonomy, and the Irreducibility of Federalism to Jurisdictional Autonomy », dans S. Choudhry, J.-F. Gaudreault-DesBiens et L. Sossin, dir., *Dilemmas of Solidarity : Rethinking Redistribution in the Canadian Federation* (2006), 185, p. 193).

C. *Non-application de la doctrine de la compétence accessoire*

(1) Intégration à une loi valide

[274] Les dispositions contestées ont-elles été adoptées dans l'exercice d'une compétence accessoire au pouvoir du Parlement de légiférer en droit criminel? Pour répondre à cette question, notre analyse doit se concentrer sur le rapport que ces dispositions entretiennent avec celles qui interdisent des actes et que le procureur général du Québec ne conteste pas. L'interdiction de certains actes précis liés aux manipulations génétiques constitue une constante de l'intervention gouvernementale depuis la présentation des premiers projets de loi sur le sujet. Les dispositions traitant des actes interdits sont d'ailleurs celles pour lesquelles l'intervention du gouvernement fédéral avait été sollicitée de la manière la plus pressante. Non seulement la Commission Baird a formulé une recommandation distincte à leur sujet dans son rapport final, mais les actes interdits ont, pour la plupart, été visés par le moratoire de Santé Canada. Il faut donc déterminer si les dispositions contestées sont suffisamment intégrées à l'ensemble de dispositions criminalisant certains actes précis. Or, nous avons vu qu'il nous faut d'abord évaluer l'importance du débordement, car celle-ci dicte le degré d'intégration requis — fonctionnalité ou nécessité.

(2) Assessment of the Overflow

[275] According to the *General Motors* test, the more serious the overflow, the closer the relationship between the impugned provisions and the otherwise valid statute must be. In the instant case, our review of the effect of the impugned provisions has already shown that, if those provisions are viewed in isolation, the overflow is serious. Given the extent of the overflow in this case, we cannot find that an ancillary power has been validly exercised unless the impugned provisions have a relationship of necessity with the rest of the statute.

(3) Absence of a Necessary Connection

[276] The main observation that must be made here is that the scheme established by the prohibitory provisions does not depend on the existence of the regulatory scheme. To be effective, the absolute prohibitions do not need either the provisions regulating certain activities or the mechanisms for implementing the regulatory scheme. Moreover, those mechanisms were not included in the first bills, which contained only absolute prohibitions. This raises an initial doubt as to the strength of the relationship between these two sets of provisions.

[277] A second doubt arises in light of the fact that both the Baird Commission and the discussion group that met after the Baird Report was tabled made a distinction between the two types of provisions. Furthermore, the Health Canada moratorium and the bills introduced before 2002 dealt only with the prohibited activities. It is clear from this legislative history that the prohibitory provisions did in fact stand alone and that they could apply regardless of whether a scheme regulating other activities existed. Conversely, the regulation of activities associated with assisted human reproduction did not depend on other activities being prohibited completely. Thus, even though both the impugned provisions and the unchallenged ones relate to the manipulation of genetic material, the necessary connection criterion is not met.

[278] Indeed, if we were to characterize the connection, we would have to stress its artificial nature.

(2) Évaluation du débordement

[275] Suivant l'arrêt *General Motors*, plus le débordement est important, plus le rapport des dispositions contestées avec la loi par ailleurs valide doit être étroit. En l'espèce, il appert déjà de l'examen de l'effet des dispositions contestées, prises isolément, que le débordement est grave. Étant donné l'ampleur du débordement en l'espèce, pour conclure à la validité de l'exercice d'une compétence accessoire, les dispositions contestées doivent avoir un rapport de nécessité avec le reste de la loi.

(3) Absence de rapport de nécessité

[276] La principale constatation qui s'impose est que le régime créé par les dispositions d'interdiction ne dépend pas de l'existence du régime de réglementation. En effet, pour être efficaces, les interdictions absolues n'ont besoin ni des dispositions réglementant certaines activités ni des mécanismes de mise en œuvre de la réglementation. Ces mécanismes étaient d'ailleurs absents dans les premiers projets de loi qui ne comportaient que des prohibitions absolues. Cela fait naître un premier doute quant à la solidité du rapport existant entre ces deux catégories de dispositions.

[277] Un deuxième doute surgit lorsqu'on se rappelle qu'une distinction a été faite entre les deux types de dispositions tant par la Commission Baird que par le groupe de discussion qui s'est réuni après le dépôt de son rapport. De même, le moratoire de Santé Canada et les projets de loi antérieurs à 2002 ne visaient que les actes interdits. Il ressort de cet historique législatif que, dans les faits, les dispositions prohibitives étaient autonomes et que leur application ne dépendait pas d'un régime réglementant d'autres activités. À l'inverse, la réglementation des activités liées à la procréation assistée ne dépendait pas de l'existence de prohibitions totales d'autres actes. Par conséquent, même si les dispositions contestées et celles qui ne le sont pas portent sur la manipulation du matériel génétique, le rapport de nécessité fait défaut.

[278] En fait, si on voulait qualifier le rattachement, on ne pourrait que souligner son caractère

As we mentioned above, and as Healy points out (at p. 915), reproductive technologies do not constitute a matter over which Parliament or the provinces can claim exclusive jurisdiction. Two very different aspects of genetic manipulation have been combined in a single piece of legislation. The social and ethical concerns underlying these two aspects appear to be distinct, and in some cases even divergent. While the prohibited activities are deemed to be reprehensible, the controlled activities are considered to be legitimate. Parliament has therefore made a specious attempt to exercise its criminal law power by merely juxtaposing provisions falling within provincial jurisdiction with others that in fact relate to the criminal law: *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226.

[279] Contrary to the conclusion reached in *Reference re Firearms Act* (at para. 23), in the case at bar, the recourse to a regulatory scheme for legitimate assisted human reproduction activities cannot be justified on the basis of a legislative history that connects the provisions in issue with the criminal law. Rather, in view of the questions and divergent opinions noted by the Baird Commission, the recourse to a regulatory scheme with penalties appears to suggest that Parliament chose to emphasize the form of the Act, in full knowledge of the weakness of its position as regards the substance. It should be mentioned that in the course of the study of a draft that preceded the enactment of the *AHR Act*, the then Minister of Health was counting on the conclusion of agreements with the provinces to dispel the constitutional “concerns” (Hon. A. Rock, House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Health*, May 3, 2001, at 11:30).

[280] Given the legislative history of the *AHR Act*, the significant impact of the impugned provisions on provincial health systems and the fact that the matters they address are clearly connected with provincial heads of power, it must be inferred that in setting up the regulatory scheme, Parliament’s

artificiel. Comme nous l’avons relevé précédemment et comme le signale Healy (à la p. 915), les techniques de procréation ne constituent pas une matière sur laquelle le Parlement ou les provinces peuvent prétendre à une compétence exclusive. En effet, deux aspects très différents des manipulations génétiques ont été réunis dans un même texte législatif. Les préoccupations sociales et éthiques qui sous-tendent ces deux aspects paraissent distinctes, parfois même divergentes. Autant on juge répréhensibles les actes interdits, autant on tient pour légitimes les activités réglementées. Le Parlement aurait donc tenté de manière spécieuse d’exercer son pouvoir de légiférer en matière criminelle en juxtaposant simplement des dispositions relevant de la compétence provinciale et des dispositions ressortissant effectivement au droit criminel : *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226.

[279] Contrairement à ce qu’on pouvait conclure dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu* (au par. 23), le recours à un régime de réglementation pour les activités légitimes de procréation assistée ne peut en l’espèce s’appuyer sur un historique législatif qui rattache les dispositions en cause au droit criminel. Au contraire, devant les interrogations et les divergences d’opinions relevées par la Commission Baird, le recours à un régime de réglementation et à des sanctions semble indiquer que le Parlement a mis l’accent sur la forme de la loi, tout en demeurant conscient de sa faiblesse sur le fond. En effet, on se rappellera que le ministre de la Santé en fonction lors de l’étude d’un projet ayant précédé l’adoption de la *LPA* comptait sur la conclusion d’ententes avec les provinces pour mettre fin aux [TRADUCTION] « préoccupations » d’ordre constitutionnel (l’hon. A. Rock, Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la santé*, 3 mai 2001, 11:30).

[280] Compte tenu de l’historique législatif de la *LPA*, de l’incidence importante des dispositions contestées sur le système de santé provincial, du fait que les matières visées se rattachent clairement à des chefs de compétence provinciale, il y a lieu d’inférer que la mise en place du régime de

intention was to enact legislation in relation to a matter outside its jurisdiction.

### VIII. Conclusion

[281] For these reasons, we would answer the constitutional question in the affirmative, except to the extent that the offences provided for in ss. 60 and 61 relate to provisions that are not in dispute. We would uphold the conclusion of the Quebec Court of Appeal and dismiss the appeal with this same reservation. In the circumstances of this appeal, we would not award costs.

The following are the reasons delivered by

[282] CROMWELL J. — I respectfully disagree with the results proposed both by the Chief Justice and by Justices LeBel and Deschamps.

[283] The main question, as I see it, is whether the federal criminal law power permits Parliament to regulate virtually all aspects of research and clinical practice in relation to assisted human reproduction. In my view, it does not.

[284] I part company with my colleagues at the first step of the constitutional analysis. At this first step, the Court must determine the “matter” to which the impugned provisions relate. The “matter” (or, as it has often been called, the “pith and substance”) of the challenged provisions is the essence of what the law does and how it does it: *Chatterjee v. Ontario (Attorney General)*, 2009 SCC 19, [2009] 1 S.C.R. 624, *per* Binnie J., at para. 16. To determine the “matter” of the challenged provisions, the Court must examine both their purpose and effects.

[285] In my view, the essence of the impugned provisions of the *Assisted Human Reproduction Act*, S.C. 2004, c. 2, is regulation of virtually every aspect of research and clinical practice in relation

réglementation traduit la volonté du Parlement de légiférer sur une matière qui ne relève pas de sa compétence.

### VIII. Conclusion

[281] Pour ces motifs, nous sommes d’avis que la question constitutionnelle doit recevoir une réponse affirmative, sauf dans la mesure où les infractions créées par les art. 60 et 61 se rapportent à des dispositions qui ne sont pas contestées. Il y a lieu de confirmer la conclusion de la Cour d’appel du Québec et de rejeter l’appel avec cette même réserve. Dans les circonstances de cet appel, nous n’accorderions pas de dépens.

Version française des motifs rendus par

[282] LE JUGE CROMWELL — En toute déférence, je ne suis d’accord ni avec la Juge en chef ni avec les juges LeBel et Deschamps pour ce qui est de l’issue qu’ils proposent.

[283] À mon sens, le litige réside principalement dans la question de savoir si le pouvoir du Parlement de légiférer en droit criminel l’autorise à réglementer presque toutes les facettes de la recherche et de l’activité clinique liées à la procréation assistée. J’estime que ce n’est pas le cas.

[284] Mon désaccord avec mes collègues intervient à la première étape de l’analyse constitutionnelle, lorsqu’il s’agit de déterminer la « matière » dont relèvent les dispositions contestées. Cette « matière » (ou, comme on l’appelle souvent, le « caractère véritable » des dispositions en cause) correspond au caractère essentiel de l’objectif de la loi et de la manière dont il est atteint : *Chatterjee c. Ontario (Procureur général)*, 2009 CSC 19, [2009] 1 R.C.S. 624, le juge Binnie, par. 16. Afin de déterminer la « matière » à laquelle ressortissent les dispositions en cause, la Cour doit se pencher tant sur leur objet que sur leurs effets.

[285] Selon moi, le caractère essentiel des dispositions contestées de la *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, ch. 2, réside dans la réglementation de presque toutes les facettes de la recherche

to assisted human reproduction. The sweep of the regulation authorized by the impugned provisions is most vividly illustrated by reading ss. 10, 11 and 13 along with the regulation-making power in s. 65 and the licensing authority set out in s. 40. I substantially agree with the Quebec Court of Appeal's description of the purpose and effects of the challenged provisions as set out at paras. 121-22 of its judgment (2008 QCCA 1167, 298 D.L.R. (4th) 712).

[286] The Chief Justice concludes that the “matter” of this legislation is “the prohibition of negative practices associated with assisted reproduction” (para. 34). I respectfully do not agree that this reflects the essence of what the challenged provisions do or how they do it. The impugned provisions as I read them permit minute regulation of every aspect of research and clinical practice and do not simply prohibit “negative practices”. I am also of the view that the essence of the legislation goes beyond that proposed by Justices LeBel and Deschamps. As I see it, the purpose and effects of the challenged provisions are not limited, as they would hold, to “the regulation of assisted human reproduction as a health service” (para. 227); the regulation authorized by the impugned provisions goes far beyond that.

[287] Having determined the essence of the law, the analysis proceeds to the second step which is to classify that “matter” by reference to the provincial and federal “classes of subjects” listed in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867: Chatterjee*, at para. 24. Substantially for the reasons given by Justices LeBel and Deschamps at paras. 259-66, I conclude that the “matter” of the challenged provisions, viewed as a whole, is best classified as being in relation to three areas of exclusive provincial legislative competence: the establishment, maintenance and management of hospitals; property and civil rights in the province; and matters of a merely local or private nature in the province. In my respectful view, the “matter” of the challenged provisions cannot be characterized as serving any criminal law purpose recognized by the

et de l'activité clinique liées à la procréation assistée. Les dispositions en cause autorisent une réglementation d'une grande portée. Cela ressort sans contredit des art. 10, 11 et 13, ainsi que du pouvoir de prendre des règlements conféré à l'art. 65 et de celui de délivrer des autorisations prévu à l'art. 40. Je suis foncièrement d'accord avec la Cour d'appel du Québec lorsqu'elle énonce aux par. 121 et 122 de ses motifs l'objet et les effets des dispositions contestées (2008 QCCA 1167, [2008] R.J.Q. 1551).

[286] La Juge en chef conclut que la « matière » dont relève la loi considérée est « l'interdiction des activités néfastes liées à la procréation assistée » (par. 34). Je ne peux malheureusement convenir qu'il s'agit du caractère essentiel de l'objectif des dispositions contestées non plus que de la manière dont il est atteint. Suivant mon interprétation, ces dispositions permettent la réglementation par le menu de chacune des facettes de la recherche et de l'activité clinique, et ne font pas qu'interdire les « activités néfastes ». J'estime également que le caractère essentiel de la loi va au-delà de celui que lui prêtent les juges LeBel et Deschamps. De mon point de vue, l'objet et les effets des dispositions contestées ne se résument pas, comme ils l'affirment, à « la réglementation de la procréation assistée en tant que service de santé » (par. 227), car la réglementation autorisée par ces dispositions a une portée bien plus grande.

[287] Une fois déterminée la « matière » dont relève la loi, il faut en second lieu la rattacher à l'une ou l'autre des « catégories de sujets » provinciales et fédérales énumérées aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867 : Chatterjee*, par. 24. En grande partie pour les motifs exposés par les juges LeBel et Deschamps aux par. 259 à 266 de leurs motifs, je conclus qu'il convient de rattacher les dispositions contestées, considérées globalement, à trois domaines de compétence législative provinciale exclusive, à savoir l'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux, la propriété et les droits civils dans la province et les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province. À mon humble avis, on ne saurait attribuer à la « matière » dont relèvent les dispositions contestées un objectif de droit criminel reconnu par la

Court's jurisprudence. I underline the comment of Justices LeBel and Deschamps (at para. 244) that "[r]ecourse to the criminal law power cannot therefore be based solely on concerns for efficiency or consistency, as such concerns, viewed in isolation, do not fall under the criminal law."

[288] That does not conclude the analysis, however. It may be that not each of the impugned provisions shares the constitutional characterization which attaches to the "matter" of the impugned provisions viewed as a whole. In my view, this is the case here: see, for example, *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206, at p. 270; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, at p. 665. Sections 5 to 7 are validly enacted under Parliament's criminal law power as the Attorney General of Quebec concedes. The same is true, in my view, of ss. 8, 9 and 12. In this respect, I part company with Justices LeBel and Deschamps.

[289] Sections 8 and 9 set out prohibited activities and are aimed at protecting each person's control over the "products" of his or her own body; they focus on consent. The purpose and effect of s. 8 is to prevent use of a donor's reproductive material or an *in vitro* embryo for purposes other than those for which the donor gave free and informed consent. Section 9 addresses the age of consent. It prohibits the use of sperm or ova from a donor under 18 years of age. In my view, the issues of consent and the age of consent to otherwise prohibited activities fall within the traditional boundaries of criminal law.

[290] I reach the same conclusion with respect to s. 12. It must be read with ss. 6 and 7. Those provisions, which the Attorney General of Quebec concedes to be valid federal criminal law, prohibit various forms of commercializing the reproductive functions of women and men. Section 12 sets out an extension of the regime established by ss. 6 and 7; s. 12 is a form of exemption from the strictness of the regime which they impose and, to some extent,

jurisprudence de notre Cour. J'attire l'attention sur les propos des juges LeBel et Deschamps (au par. 244) : « [l]e recours au pouvoir de légiférer en matière de droit criminel ne saurait donc se fonder simplement sur un souci d'efficacité ou d'uniformité, puisqu'un tel objet, pris isolément, ne relève pas du droit criminel. »

[288] L'analyse ne prend pas fin pour autant, car il est possible que la qualification constitutionnelle de chacune des dispositions contestées ne corresponde pas à celle de la « matière » dont elles relèvent globalement. C'est à mon avis le cas en l'espèce : voir, p. ex., *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206, p. 270, et *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, p. 665. Les articles 5 à 7 sont — le procureur général du Québec le reconnaît — des dispositions valides au regard du pouvoir du Parlement de légiférer en droit criminel. Il en est de même selon moi des art. 8, 9 et 12, en sorte que je suis en désaccord avec les juges LeBel et Deschamps sur ce point.

[289] Les articles 8 et 9 — qui mettent l'accent sur le consentement — interdisent des activités et visent à préserver la maîtrise de chacun sur les « produits » de son corps. L'objet et l'effet de l'art. 8 est de faire obstacle à l'emploi d'un embryon *in vitro* ou du matériel reproductif du donneur à d'autres fins que celles précisées dans le consentement libre et éclairé obtenu de ce dernier. L'article 9 porte sur l'âge du consentement et interdit l'utilisation du spermatozoïde ou de l'ovule d'une personne de moins de 18 ans. Je suis d'avis que le consentement à des activités par ailleurs interdites et l'âge auquel il peut être donné sont traditionnellement du ressort du droit criminel.

[290] J'arrive à la même conclusion pour l'art. 12, qui doit être interprété de pair avec les art. 6 et 7, dispositions qui, de l'aveu du procureur général du Québec, constituent des règles de droit criminel valides et qui frappent d'interdiction différentes formes de commercialisation du rôle de la femme et de l'homme dans la reproduction humaine. L'article 12 complète les art. 6 et 7 en assouplissant quelque peu le régime strict qu'ils créent et, dans

defines the scope of the prohibitions provided for in those sections.

[291] I conclude that ss. 8, 9 and 12 in purpose and effect prohibit negative practices associated with assisted reproduction and that they fall within the traditional ambit of the federal criminal law power.

[292] As I would affirm the constitutionality of s. 12 of the Act, I would also uphold the constitutionality of provisions which set up the mechanisms to implement it. I therefore conclude that ss. 40(1), (6) and (7), 41 to 43 and 44(1) and (4), to the extent that they relate to provisions of the Act, which are constitutional, were properly enacted by Parliament in accordance with the federal criminal law power. I similarly conclude that ss. 45 to 53, to the extent that they deal with inspection and enforcement in relation to constitutionally valid provisions of the Act, are also properly enacted under the criminal law power.

[293] I agree with the Chief Justice and Justices LeBel and Deschamps that ss. 60 and 61 (which create offences) are constitutionally valid under the federal criminal law power to the extent that they relate to constitutionally valid provisions of the Act. I agree with the Chief Justice's analysis and conclusion at paras. 152-54 of her reasons that s. 68 is constitutional, although its operation will of course be limited to constitutional sections of the Act. As for s. 19 of the Act, I can see no constitutional objection to it given that the other provisions establishing the Assisted Human Reproduction Agency of Canada are not contested.

[294] I would therefore allow the appeal. The parties should bear their own costs. I would answer the constitutional question as follows:

Do ss. 8 to 19, 40 to 53, 60, 61 and 68 of the *Assisted Human Reproduction Act*, S.C. 2004, c. 2, exceed, in whole or in part, the legislative authority of the Parliament of Canada under the *Constitution Act, 1867*?

une certaine mesure, en définissant la portée des interdictions qu'ils prévoient.

[291] Je conclus que les art. 8, 9 et 12, eu égard à leur objet et à leur effet, interdisent des activités néfastes liées à la procréation assistée et qu'ils relèvent traditionnellement de la compétence législative fédérale en matière de droit criminel.

[292] Puisque je confirme la constitutionnalité de l'art. 12 de la Loi, je reconnais aussi celle des dispositions qui prévoient les mécanismes de sa mise en œuvre. Je conclus donc que les par. 40(1), (6) et (7), les art. 41 à 43 et les par. 44(1) et (4), dans la mesure où ils se rattachent aux dispositions de la Loi qui sont constitutionnelles, ont été valablement édictés en application du pouvoir du Parlement de légiférer en droit criminel. De même, les art. 45 à 53, dans la mesure où ils ont trait à l'inspection et au contrôle d'application se rapportant aux dispositions constitutionnelles de la Loi, ressortissent également au pouvoir de légiférer en droit criminel.

[293] Je conviens avec la Juge en chef et les juges LeBel et Deschamps que les art. 60 et 61 (qui créent des infractions) sont constitutionnels au regard du pouvoir du Parlement de légiférer en droit criminel dans la mesure où ils se rattachent aux dispositions constitutionnelles de la Loi. Je souscris en outre à l'analyse de la Juge en chef figurant aux par. 152 à 154 de ses motifs et à sa conclusion que l'art. 68 est constitutionnel, bien qu'il ne s'appliquera évidemment qu'aux dispositions constitutionnelles de la Loi. Pour ce qui concerne l'art. 19, je ne vois rien qui fasse obstacle à sa constitutionnalité vu l'absence de contestation des autres dispositions créant l'Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée.

[294] Le pourvoi est donc accueilli, et les parties assument leurs propres dépens. La réponse à la question constitutionnelle est la suivante :

Les articles 8 à 19, 40 à 53, 60, 61 et 68 de la *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, ch. 2, excèdent-ils, en tout ou en partie, la compétence législative conférée au Parlement du Canada par la *Loi constitutionnelle de 1867*?

With respect to ss. 10, 11, 13, 14 to 18, 40(2), (3), (3.1), (4) and (5) and ss. 44(2) and (3) I would answer yes. With respect to ss. 8, 9, 12, 19 and 60, I would answer no. With respect to ss. 40(1), (6) and (7), 41 to 43, 44(1) and (4), 45 to 53, 61 and 68, to the extent they relate to constitutionally valid provisions, I would also answer no.

*Appeal allowed in part.*

*Solicitor for the appellant: Department of Justice, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Quebec, Montréal.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Alberta Justice, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener Michael Awad: Bennett Jones, Calgary.*

*Solicitors for the interveners the Canadian Conference of Catholic Bishops and the Evangelical Fellowship of Canada: Barnes Sammon, Ottawa.*

En ce qui concerne les art. 10, 11, 13, 14 à 18, les par. 40(2), (3), (3.1), (4) et (5), et les par. 44(2) et (3), la réponse est affirmative. Pour ce qui est des art. 8, 9, 12, 19 et 60, la réponse est négative. Quant aux par. 40(1), (6) et (7), aux art. 41 à 43, aux par. 44(1) et (4), aux art. 45 à 53, ainsi qu'aux art. 61 et 68, dans la mesure où ils se rattachent aux dispositions constitutionnelles de la Loi, la réponse est également négative.

*Pourvoi accueilli en partie.*

*Procureur de l'appelant : Ministère de la Justice, Ottawa.*

*Procureur de l'intimé : Procureur général du Québec, Montréal.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Justice Alberta, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenant Michael Awad : Bennett Jones, Calgary.*

*Procureurs des intervenants la Conférence des évêques catholiques du Canada et l'Alliance évangélique du Canada : Barnes Sammon, Ottawa.*