

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

v.

Her Majesty The Queen Respondent

and

The Attorney General of Canada Intervener

INDEXED AS: R. v. MORGENTALER

File No.: 19556.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

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

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

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

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

D^r Henry Morgentaler, Dr Leslie Frank Smoling et D^r Robert Scott Appelants

c.

a Sa Majesté La Reine Intimée

et

Le procureur général du Canada Intervenant

b RÉPERTORIÉ: R. c. MORGENTALER

N° du greffe: 19556.

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

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

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

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

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

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

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

Whether or not impugned legislation reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.

Criminal law — Juries — Address to jury advising them to ignore law as stated by judge — Counsel wrong.

Appellants, all duly qualified medical practitioners, set up a clinic to perform abortions upon women who had not obtained a certificate from a therapeutic abortion committee of an accredited or approved hospital as required by s. 251(4) of the *Criminal Code*. The doctors had made public statements questioning the wisdom of the abortion laws in Canada and asserting that a woman has an unfettered right to choose whether or not an abortion is appropriate in her individual circumstances. Indictments were preferred against the appellants charging that they had conspired with each other with intent to procure abortions contrary to ss. 423(1)(d) and 251(1) of the *Criminal Code*.

Counsel for the appellants moved to quash the indictment or to stay the proceedings before pleas were entered on the grounds that s. 251 of the *Criminal Code* was *ultra vires* the Parliament of Canada, in that it infringed ss. 2(a), 7 and 12 of the *Charter*, and was inconsistent with s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*. The trial judge dismissed the motion, and the Ontario Court of Appeal dismissed an appeal from that decision. The trial proceeded before a judge sitting with a jury, and the three accused were acquitted. The Crown appealed the acquittal and the appellants filed a cross-appeal. The Court of Appeal allowed the appeal, set aside the acquittal and ordered a new trial. The Court held that the cross-appeal related to issues already raised in the appeal, and the issues, therefore, were examined as part of the appeal.

The Court stated the following constitutional questions:

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

peut-elle être justifiée dans une société libre et démocratique?

Droit criminel — Jury — Exposé au jury lui conseillant d'ignorer les règles de droit énoncées par le juge — Erreur de l'avocat.

Les appellants sont tous docteurs en médecine; ensemble, ils ont ouvert une clinique pour pratiquer des avortements sur des femmes qui n'avaient pas obtenu le certificat du comité de l'avortement thérapeutique d'un hôpital accrédité ou approuvé requis par le par. 251(4) du *Code criminel*. Les médecins ont fait des déclarations publiques dans lesquelles ils ont mis en doute la sagesse de la législation canadienne sur l'avortement et ont affirmé qu'une femme a le droit souverain de décider si un avortement s'impose ou non dans sa situation personnelle. Des actes d'accusation ont été portés contre les appellants les inculpant de complot, les uns avec les autres, avec l'intention de procurer des avortements, infractions prévues à l'al. 423(1)d) et au par. 251(1) du *Code criminel*.

L'avocat des appellants a demandé l'annulation de l'acte d'accusation ou la suspension des poursuites avant d'inscrire les plaidoyers, pour le motif que l'art. 251 du *Code criminel* excéderait les pouvoirs du Parlement du Canada, enfreindrait l'al. 2a) et les art. 7 et 12 de la *Charte et entrerait en conflit avec l'al. 1b) de la Déclaration canadienne des droits*. Le juge de première instance a rejeté la requête et l'appel interjeté à la Cour d'appel de l'Ontario a aussi été rejeté. Le procès s'est poursuivi devant juge et jury et les trois accusés ont été acquittés. Le ministère public a interjeté appel de l'acquittement et les appellants ont formé un appel incident. La Cour d'appel a accueilli l'appel, annulé le verdict d'acquittement et ordonné un nouveau procès. La Cour a jugé que l'appel incident se rapportait à des points déjà soulevés dans l'appel principal et on les a donc étudiés dans le cadre de ce dernier.

La Cour a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. L'article 251 du *Code criminel* du Canada porte-t-il atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'al. 2a) et les art. 7, 12, 15, 27 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si l'article 251 du *Code criminel* du Canada porte atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'al. 2a) et les art. 7, 12, 15, 27 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

3. Is section 251 of the *Criminal Code* of Canada *ultra vires* the Parliament of Canada?
4. Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada violate s. 96 of the *Constitution Act, 1867*?
5. Does section 251 of the *Criminal Code* of Canada unlawfully delegate federal criminal power to provincial Ministers of Health or Therapeutic Abortion Committees, and in doing so, has the Federal Government abdicated its authority in this area?
b
6. Do sections 605 and 610(3) of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 11(d), 11(f), 11(h) and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
c
7. If sections 605 and 610(3) of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 11(d), 11(f), 11(h) and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are ss. 605 and 610(3) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?
d

Held (McIntyre and La Forest JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the acquittals restored. The first constitutional question should be answered in the affirmative as regards s. 7 and the second in the negative as regards s. 7. The third, fourth and fifth constitutional questions should be answered in the negative. The sixth constitutional question should be answered in the negative with respect to s. 605 of the *Criminal Code* and should not be answered as regards s. 610(3). The seventh constitutional question should not be answered.

Per Dickson C.J. and Lamer J.: Section 7 of the *Charter* requires that the courts review the substance of legislation once the legislation has been determined to infringe an individual's right to "life, liberty and security of the person". Those interests may only be impaired if the principles of fundamental justice are respected. It was sufficient here to investigate whether or not the impugned legislative provisions met the procedural standards of fundamental justice and the Court accordingly did not need to tread the fine line between substantive review and the adjudication of public policy.
e

State interference with bodily integrity and serious state-imposed psychological stress, at least in the criminal law context, constitutes a breach of security of the person. Section 251 clearly interferes with a woman's physical and bodily integrity. Forcing a woman, by threat of criminal sanction, to carry a foetus to term unless she meets certain criteria unrelated to her own priorities and aspirations, is a profound interference
i

3. L'article 251 du *Code criminel* du Canada excède-t-il les pouvoirs du Parlement du Canada?
4. L'article 251 du *Code criminel* du Canada viole-t-il l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
5. L'article 251 du *Code criminel* du Canada délègue-t-il illégalement la compétence fédérale en matière criminelle aux ministres de la Santé provinciaux ou aux comités de l'avortement thérapeutique et, ce faisant, le gouvernement fédéral a-t-il abdiqué son autorité dans ce domaine?
6. L'article 605 et le par. 610(3) du *Code criminel* du Canada portent-ils atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'art. 7, les al. 11d), 11f), 11h) et le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
f
7. Si l'article 605 et le par. 610(3) du *Code criminel* du Canada portent atteinte aux droits et aux libertés garantis par l'art. 7, les al. 11d), 11f), 11h) et le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?
g

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

Le juge en chef Dickson et le juge Lamer: L'article 7 de la *Charte* impose aux tribunaux le devoir d'examiner, au fond, les textes législatifs une fois qu'il a été jugé qu'ils enfreignent le droit de l'individu «à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne». Il ne peut être porté atteinte à ces intérêts que si les principes de justice fondamentale sont respectés. Il suffit en l'espèce d'examiner si les dispositions législatives en cause sont conformes aux normes procédurales de justice fondamentale et il n'est donc pas nécessaire que la Cour touche à l'équilibre fragile entre examen du fond et décision de politiques générales.
h

L'atteinte que l'État porte à l'intégrité physique et la tension psychologique causée par l'État, du moins dans le contexte du droit criminel, constituent une violation de la sécurité de la personne. L'article 251 constitue clairement une atteinte à l'intégrité physique et émotionnelle d'une femme. Forcer une femme, sous la menace d'une sanction criminelle, à mener le foetus à terme, à moins qu'elle ne remplisse certains critères indépendants
j

with a woman's body and thus an infringement of security of the person. A second breach of the right to security of the person occurs independently as a result of the delay in obtaining therapeutic abortions caused by the mandatory procedures of s. 251 which results in a higher probability of complications and greater risk. The harm to the psychological integrity of women seeking abortions was also clearly established.

Any infringement of the right to life, liberty and security of the person must comport with the principles of fundamental justice. These principles are to be found in the basic tenets of our legal system. One of the basic tenets of our system of criminal justice is that when Parliament creates a defence to a criminal charge, the defence should not be illusory or so difficult to attain as to be practically illusory.

The procedure and restrictions stipulated in s. 251 for access to therapeutic abortions make the defence illusory resulting in a failure to comply with the principles of fundamental justice. A therapeutic abortion may be approved by a "therapeutic abortion committee" of an "accredited or approved hospital". The requirement of s. 251(4) that at least four physicians be available at that hospital to authorize and to perform an abortion in practice makes abortions unavailable in many hospitals. The restrictions attaching to the term "accredited" automatically disqualifies many Canadian hospitals from undertaking therapeutic abortions. The provincial approval of a hospital for the purpose of performing therapeutic abortions further restricts the number of hospitals offering this procedure. Even if a hospital is eligible to create a therapeutic abortion committee, there is no requirement in s. 251 that the hospital need do so. Provincial regulation as well can heavily restrict or even deny the practical availability of the exculpatory provisions of s. 251(4).

The administrative system established in s. 251(4) fails to provide an adequate standard for therapeutic abortion committees which must determine when a therapeutic abortion should, as a matter of law, be granted. The word "health" is vague and no adequate guidelines have been established for therapeutic abortion committees. It is typically impossible for women to know in advance what standard of health will be applied by any given committee.

The argument that women facing difficulties in obtaining abortions at home can simply travel elsewhere would not be especially troubling if those difficulties

de ses propres priorités et aspirations, est une ingérence profonde à l'égard de son corps et donc une atteinte à la sécurité de sa personne. Une deuxième violation du droit à la sécurité de la personne se produit indépendamment par suite du retard à obtenir un avortement thérapeutique en raison de la procédure imposée par l'art. 251 qui entraîne une augmentation de la probabilité de complications et accroît les risques. Il a été clairement établi que l'art. 251 porte atteinte à l'intégrité psychologique des femmes voulant un avortement.

Toute atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne doit être en accord avec les principes de justice fondamentale. On trouve ces principes dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique. L'un des préceptes fondamentaux de notre système de justice criminelle est que, lorsque le Parlement crée une défense à l'égard d'une accusation criminelle, celle-ci ne doit être ni illusoire ni à ce point difficile à faire valoir qu'elle soit pratiquement illusoire.

La procédure et les restrictions établies par l'art. 251 pour avoir droit à un avortement rendent la défense illusoire et reviennent au non-respect des principes de justice fondamentale. Un avortement thérapeutique doit être approuvé par un «comité de l'avortement thérapeutique» d'un hôpital «accrédité ou approuvé». L'obligation du par. 251(4) qu'au moins quatre médecins soient disponibles dans cet hôpital pour autoriser et pratiquer un avortement, signifie en pratique que beaucoup d'hôpitaux ne peuvent pas pratiquer des avortements. Les restrictions découlant du terme «accrédité» interdisent automatiquement à un grand nombre d'hôpitaux canadiens de pratiquer des avortements thérapeutiques. L'accréditation provinciale d'un hôpital aux fins de pratiquer des avortements thérapeutiques restreint encore plus le nombre d'hôpitaux où on peut les pratiquer. Même si un hôpital est autorisé à former un comité de l'avortement thérapeutique, rien dans l'art. 251 ne l'oblige à le faire. La réglementation provinciale peut fortement limiter et même supprimer le recours en pratique aux dispositions disculpatoires du par. 251(4).

Le système administratif établi par le par. 251(4) n'offre pas de norme adéquate à laquelle les comités de l'avortement thérapeutique doivent se référer lorsqu'ils ont à décider si un avortement thérapeutique devrait, en droit, être autorisé. Le terme «santé» est vague et aucunes directives adéquates n'ont été établies pour les comités de l'avortement thérapeutique. Il est, en général, impossible que les femmes sachent à l'avance quelle norme de santé un comité donné appliquera.

L'argument voulant que les femmes qui éprouvent des difficultés à se faire avorter au lieu de leur domicile n'ont qu'à se rendre ailleurs ne serait pas spécialement

were not in large measure created by the procedural requirements of s. 251. The evidence established convincingly that it is the law itself which in many ways prevents access to local therapeutic abortion facilities.

gênant si ces difficultés ne résultaient pas dans une large mesure des exigences de procédure de l'art. 251. La preuve établit de façon convaincante que c'est la loi elle-même qui, de bien des manières, empêche de s'adresser aux institutions locales offrant l'avortement thérapeutique.

Section 251 cannot be saved under s. 1 of the *Charter*. The objective of s. 251 as a whole, namely to balance the competing interests identified by Parliament, is sufficiently important to pass the first stage of the s. 1 inquiry. The means chosen to advance its legislative objectives, however, are not reasonable or demonstrably justified in a free and democratic society. None of the three elements for assessing the proportionality of means to ends is met. Firstly, the procedures and administrative structures created by s. 251 are often unfair and arbitrary. Moreover, these procedures impair s. 7 rights far more than is necessary because they hold out an illusory defence to many women who would *prima facie* qualify under the exculpatory provisions of s. 251(4). Finally, the effects of the limitation upon the s. 7 rights of many pregnant women are out of proportion to the objective sought to be achieved and may actually defeat the objective of protecting the life and health of women.

L'article 251 ne peut être sauvé par l'article premier de la *Charte*. L'objectif de l'art. 251 dans son ensemble, soit d'équilibrer les intérêts en concurrence identifiés par le Parlement, est suffisamment important pour passer le premier stade de l'examen au regard de l'article premier. Les moyens choisis pour mettre en œuvre ces objectifs législatifs ne sont pas raisonnables et leur justification ne peut se démontrer dans une société libre et démocratique. On ne trouve aucun des trois éléments permettant d'évaluer la proportionnalité des moyens et de la fin. Premièrement, la procédure et les structures administratives instaurées par l'art. 251 sont souvent arbitraires et injustes. En outre, ces procédures portent atteinte aux droits garantis par l'art. 7 au-delà de ce qui est nécessaire, puisqu'elle ne fournit qu'une défense illusoire à nombre de femmes qui, *prima facie*, pourraient se prévaloir des dispositions disculpatoires du par. 251(4). Enfin, les effets de la limitation des droits garantis par l'art. 7, pour nombre de femmes enceintes, sont disproportionnés par rapport à l'objectif recherché et peuvent effectivement mettre en échec l'objectif de protection de la vie et de la santé des femmes.

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

f Les juges Beetz et Estey: Avant l'avènement de la *Charte*, le Parlement a reconnu, en adoptant le par. 251(4) du *Code criminel*, que l'intérêt que représente la vie ou la santé de la femme enceinte l'emporte sur celui qu'il y a à interdire les avortements, y compris l'intérêt qu'à l'État dans la protection du fœtus, lorsque «la continuation de la grossesse de cette personne du sexe féminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière». Ce critère du par. 251(4) a été consacré, au moins comme minimum, lorsque le «droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne» a été enraciné dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, à l'art. 7.

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

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