

**Eve, by her Guardian *ad litem*, Milton B. Fitzpatrick, Official Trustee** *Appellant*

v.

**Mrs. E.** *Respondent*

and

**Canadian Mental Health Association, Consumer Advisory Committee of the Canadian Association for the Mentally Retarded, The Public Trustee of Manitoba and Attorney General of Canada** *Interveners*

INDEXED AS: E. (MRS.) v. EVE

File No.: 16654.

1985: June 4, 5; 1986: October 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR PRINCE EDWARD ISLAND

*Courts — Jurisdiction — Parens patriae — Scope of doctrine and discretion required for its exercise — Whether or not encompassing consent for non-therapeutic sterilization of mentally incompetent person — Chancery Act, R.S.P.E.I. 1951, c. 21, s. 3 — Chancery Jurisdiction Transfer Act, S.P.E.I. 1974, c. 65, s. 2.*

*Family law — Mentally incompetent person — Application made for non-therapeutic sterilization of adult daughter by parent — Whether or not court authorized to grant consent — Whether or not authority to be found in statutes — Whether or not authority flowing from parens patriae power — Mental Health Act, R.S.P.E.I. 1974, c. M-9, am. S.P.E.I. 1976, c. 65, ss. 2(n), 30A(1), (2), 30B, 30L — Hospitals Act, "Hospital Management Regulations", R.R.P.E.I., c. H-11, s. 48.*

*Human rights — Disabled persons — Mentally incompetent person — Application made for non-therapeutic sterilization of adult daughter by parent — Whether or not court authorized to grant consent — Whether or not authority to be found in statutes — Whether or not authority flowing from parens patriae power.*

**Eve, représentée par son tuteur d'instance, Milton B. Fitzpatrick, Curateur public** *Appelante*

a c.

**M<sup>me</sup> E.** *Intimée*

et

**L'Association canadienne pour la santé mentale, Comité consultatif des consommateurs de l'Association canadienne pour les déficients mentaux, le curateur public du Manitoba et le procureur général du Canada** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: E. (M<sup>me</sup>) c. EVE

N<sup>o</sup> du greffe: 16654.

d 1985: 4, 5 juin; 1986: 23 octobre.

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

e EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD

*Tribunaux — Compétence — Parens patriae — Portée de la doctrine et pouvoir discrétionnaire nécessaire pour son exercice — Le consentement à la stérilisation non thérapeutique d'une personne atteinte de déficience mentale en relève-t-il? — Chancery Act, R.S.P.E.I. 1951, chap. 21, art. 3 — Chancery Jurisdiction Transfer Act, S.P.E.I. 1974, chap. 65, art. 2.*

*Droit de la famille — Personne atteinte de déficience mentale — Demande présentée par un parent pour la stérilisation non thérapeutique de sa fille adulte — La Cour est-elle autorisée à y consentir? — Le pouvoir se trouve-t-il dans les lois? — Le pouvoir découle-t-il de la compétence parens patriae? — Mental Health Act, R.S.P.E.I. 1974, chap. M-9, mod. S.P.E.I. 1976, chap. 65, art. 2n), 30A(1), (2), 30B, 30L — Hospitals Act, «Hospital Management Regulations», R.R.P.E.I., chap. H-11, art. 48.*

*Droit de la personne — Personnes handicapées — Personne atteinte de déficience mentale — Demande présentée par un parent pour la stérilisation non thérapeutique de sa fille adulte — La Cour est-elle autorisée à y consentir? — Le pouvoir se trouve-t-il dans les lois? — Le pouvoir découle-t-il de la compétence parens patriae?*

"Mrs. E." applied to the Supreme Court of Prince Edward Island for permission to give consent to the sterilization of "Eve", her adult daughter who was mentally retarded and suffered from a condition making it extremely difficult to communicate with others. Mrs. E. feared Eve might innocently become pregnant and consequently force Mrs. E., who was widowed and approaching sixty, to assume responsibility for the child. The application sought: (1) a declaration that Eve was mentally incompetent pursuant to the *Mental Health Act*; (2) the appointment of Mrs. E. as committee of Eve; and (3) an authorization for Eve's undergoing a tubal ligation. The application for authorization to sterilize was denied, and an appeal to the Supreme Court of Prince Edward Island, *in banco*, was launched. An order was then made appointing the Official Trustee as Guardian *ad litem* for Eve. The appeal was allowed. The Court ordered that Eve be made a ward of the Court pursuant to the *Medical Health Act* solely to permit the exercise of the *parens patriae* jurisdiction to authorize the sterilization, and that the method of sterilization be determined by the Court following further submissions. A hysterectomy was later authorized. Eve's Guardian *ad litem* appealed.

*Held:* The appeal should be allowed.

The *Mental Health Act* did not advance respondent's case. This Act provides a procedure for declaring mental incompetency, at least for property owners. Its ambit is unclear and it would take much stronger language to empower a committee to authorize the sterilization of a person for non-therapeutic purposes. The *Hospital Management Regulations* were equally inapplicable. They are not aimed at defining the rights of individuals.

The *parens patriae* jurisdiction for the care of the mentally incompetent is vested in the provincial superior courts. Its exercise is founded on necessity—the need to act for the protection of those who cannot care for themselves. The jurisdiction is broad. Its scope cannot be defined. It applies to many and varied situations, and a court can act not only if injury has occurred but also if it is apprehended. The jurisdiction is carefully guarded and the courts will not assume that it has been removed by legislation.

While the scope of the *parens patriae* jurisdiction is unlimited, the jurisdiction must nonetheless be exercised in accordance with its underlying principle. The discretion given under this jurisdiction is to be exercised for the benefit of the person in need of protection and not

«M<sup>ME</sup> E.» a demandé à la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard une autorisation pour qu'elle puisse consentir à la stérilisation d'«Eve», sa fille adulte qui est atteinte de déficience mentale et d'une affection qui ne lui permet pas de communiquer facilement avec les autres. M<sup>ME</sup> E. craignait qu'Eve puisse, en toute innocence, devenir enceinte, ce qui obligerait en conséquence M<sup>ME</sup> E., qui était veuve et avait près de 60 ans, à assumer la responsabilité de l'enfant. La demande visait à obtenir: (1) un jugement déclaratoire portant qu'Eve est atteinte de déficience mentale aux termes de la *Mental Health Act*; (2) que M<sup>ME</sup> E. soit nommée curatrice d'Eve; et (3) qu'Eve soit autorisée à subir une ligature des trompes. La demande d'autorisation de stérilisation a été rejetée et un appel a été interjeté devant la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, *in banco*. Une ordonnance a alors été rendue nommant le curateur public à titre de tuteur à l'instance d'Eve. L'appel a été accueilli. La cour a ordonné qu'Eve soit nommée pupille de la cour en application de la *Medical Health Act* dans le seul but de permettre l'exercice de la compétence *parens patriae* pour autoriser la stérilisation et que la méthode de stérilisation soit déterminée par la cour après d'autres plaidoiries. Une hystérectomie a par la suite été autorisée. Le tuteur à l'instance d'Eve a formé un pourvoi.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

La *Mental Health Act* ne donne pas d'argument à l'intimée. Cette loi prévoit une procédure pour faire déclarer quelqu'un déficient mental, du moins ceux qui possèdent des biens. Sa portée n'est pas claire et il faudrait un texte beaucoup plus précis pour donner au curateur le pouvoir d'autoriser la stérilisation d'une personne à des fins non thérapeutiques. Le *Hospital Management Regulations* est également inapplicable. Il n'a pas pour but de définir les droits de la personne.

La compétence *parens patriae* pour le soin des déficients mentaux est attribuée aux cours supérieures des provinces. Son exercice est fondé sur la nécessité—le besoin d'agir pour protéger ceux qui ne peuvent pas prendre soin d'eux-mêmes. La compétence est large. Sa portée ne peut être définie. Elle s'applique à des situations nombreuses et variées et un tribunal peut agir non seulement pour le motif qu'un préjudice a été subi mais également qu'il risque de se produire. La compétence est soigneusement protégée et les tribunaux ne présumeront pas qu'elle a été enlevée par un texte législatif.

Bien que la portée de la compétence *parens patriae* soit illimitée, elle doit néanmoins être exercée conformément à son principe sous-jacent. Le pouvoir discrétionnaire accordé en vertu de cette compétence doit être exercé à l'avantage de la personne qui a besoin de

for the benefit of others. It must at all times be exercised with great caution, a caution that must increase with the seriousness of the matter. This is particularly so in cases where a court might be tempted to act because failure to act would risk imposing an obviously heavy burden on another person.

Sterilization should never be authorized for non-therapeutic purposes under the *parens patriae* jurisdiction. In the absence of the affected person's consent, it can never be safely determined that it is for the benefit of that person. The grave intrusion on a person's rights and the ensuing physical damage outweigh the highly questionable advantages that can result from it. The court, therefore, lacks jurisdiction in such a case.

The court's function to protect those unable to take care of themselves must not be transformed so as to create a duty obliging the Court, at the behest of a third party, to make a choice between two alleged constitutional rights—that to procreate and that not to procreate—simply because the individual is unable to make that choice. There was no evidence to indicate that failure to perform the operation would have any detrimental effect on Eve's physical or mental health. Further, since the *parens patriae* jurisdiction is confined to doing what is for the benefit and protection of the disabled person, it cannot be used for Mrs. E.'s benefit.

Cases involving applications for sterilization for therapeutic reasons may give rise to the issues of the burden of proof required to warrant an order for sterilization and of the precautions judges should take with these applications in the interests of justice. Since, barring emergency situations, a surgical procedure without consent constitutes battery, the onus of proving the need for the procedure lies on those seeking to have it performed. The burden of proof, though a civil one, must be commensurate with the seriousness of the measure proposed. A court in conducting these procedures must proceed with extreme caution and the mentally incompetent person must have independent representation.

#### Cases Cited

**Considered:** *X (a minor), Re*, [1975] 1 All E.R. 697; *D (a minor), Re*, [1976] 1 All E.R. 326; *Eberhardy, Matter of*, 307 N.W.2d 881 (Wis. 1981); *Grady, In re*, 426 A.2d 467 (N.J. 1981); *Hayes' Guardianship*,

protection, mais pas pour celui des autres. Il doit toujours être exercé avec une grande prudence dont il faut redoubler selon que la gravité d'une affaire augmente. C'est particulièrement le cas lorsqu'un tribunal peut être tenté d'agir parce que le défaut de le faire risquerait d'imposer un fardeau manifestement lourd à une autre personne.

La stérilisation ne devrait jamais être autorisée à des fins non thérapeutiques en vertu de la compétence *parens patriae*. En l'absence du consentement de la personne visée, on ne peut jamais déterminer d'une manière certaine que l'opération est à l'avantage de cette personne. La grave atteinte aux droits d'une personne et le préjudice physique qui en découlent l'emportent sur les avantages très douteux qui peuvent en résulter. Le tribunal n'a donc pas compétence en pareil cas.

La fonction du tribunal de protéger ceux qui sont incapables de prendre soin d'eux-mêmes ne doit pas être transformée de manière à créer un devoir obligeant le tribunal, sur l'ordre d'un tiers, à choisir entre ce qu'on prétend être deux droits constitutionnels—celui de procréer et celui de ne pas procréer—simplement parce que la personne est incapable de faire ce choix. Aucun élément de preuve n'indique que ne pas pratiquer l'opération aurait un effet préjudiciable sur la santé physique ou mentale d'Eve. En outre, comme la compétence *parens patriae* doit être exercée pour faire ce qui est nécessaire à l'avantage de la personne atteinte de déficience et pour les protéger, elle ne peut être utilisée à l'avantage de M<sup>me</sup> E.

Les affaires portant sur des demandes de stérilisation à des fins thérapeutiques peuvent soulever les questions du fardeau de la preuve nécessaire pour justifier une ordonnance de stérilisation et les précautions que les juges devraient, dans l'intérêt de la justice, prendre pour traiter des demandes. Étant donné que sauf dans les situations d'urgence, une intervention chirurgicale sans consentement constitue des voies de fait, il ressort que le fardeau de démontrer la nécessité de l'acte médical incombe à ceux qui en demandent l'exécution. Le fardeau de la preuve, bien qu'il soit civil, doit correspondre à la gravité de la mesure proposée. Dans ces affaires, un tribunal doit procéder avec une très grande prudence et la personne atteinte de déficience mentale doit être représentée de manière indépendante.

#### Jurisprudence

**Arrêts examinés:** *X (a minor), Re*, [1975] 1 All E.R. 697; *D (a minor), Re*, [1976] 1 All E.R. 326; *Eberhardy, Matter of*, 307 N.W.2d 881 (Wis. 1981); *Grady, In re*, 426 A.2d 467 (N.J. 1981); *Hayes' Guardianship*,

*Matter of*, 608 P.2d 635 (Wash. 1980); referred to: *Cary v. Bertie* (1696), 2 Vern. 333, 23 E.R. 814; *Morgan v. Dillon* (Ire.) (1724), 9 Mod. R. 135, 88 E.R. 361; *Beall v. Smith* (1873), L.R. 9 Ch. 85; *Beverley's Case* (1603), 4 Co. Rep. 123 b, 76 E.R. 1118; *Wellesley v. Duke of Beaufort* (1827), 2 Russ. 1, 38 E.R. 236; *Wellesley v. Wellesley* (1828), 2 Bli. N.S. 124, 4 E.R. 1078; *Beson v. Director of Child Welfare (Nfld.)*, [1982] 2 S.C.R. 716; *Re S. v. McC (orse. S.) and M; W. v. W.*, [1972] A.C. 24; *P (a Minor), In re* (1981), 80 L.G.R. 301; *B (a minor), Re* (1982), 3 F.L.R. 117; *K and Public Trustee, Re* (1985), 19 D.L.R. (4th) 255; *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927); *Tulley, Guardianship of*, App., 146 Cal.Rptr. 266 (1978); *Hudson v. Hudson*, 373 So.2d 310 (Ala. 1979); *Eberhardy's Guardianship, Matter of*, 294 N.W.2d 540 (Wis. 1980); *Stump v. Sparkman*, 435 U.S. 349 (1978); *C.D.M., Matter of*, 627 P.2d 607 (Alaska 1981); *A. W., Matter of*, 637 P.2d 366 (Colo. 1981); *Terwilliger, Matter of*, 450 A.2d 1376 (Pa. 1982); *Wentzel v. Montgomery General Hospital, Inc.*, 447 A.2d 1244 (Md. 1982); *Moe, Matter of*, 432 N.E.2d 712 (Mass. 1982); *P.S. by Harbin v. W.S.*, 452 N.E.2d 969 (Ind. 1983); *Sallmaier, Matter of*, 378 N.Y.S.2d 989 (1976); *A. D., Application of*, 394 N.Y.S.2d 139 (1977); *Penny N., In re*, 414 A.2d 541 (N.H. 1980); *Quinlan, Matter of*, 355 A.2d 647 (N.J. 1976); *J. v. C.*, [1970] A.C. 668; *Strunk v. Strunk*, 445 S.W.2d 145 (Ky. 1969).

*Matter of*, 608 P.2d 635 (Wash. 1980); arrêts mentionnés: *Cary v. Bertie* (1696), 2 Vern. 333, 23 E.R. 814; *Morgan v. Dillon* (Ire.) (1724), 9 Mod. R. 135, 88 E.R. 361; *Beall v. Smith* (1873), L.R. 9 Ch. 85; *Beverley's Case* (1603), 4 Co. Rep. 123 b, 76 E.R. 1118; *Wellesley v. Duke of Beaufort* (1827), 2 Russ. 1, 38 E.R. 236; *Wellesley v. Wellesley* (1828), 2 Bli. N.S. 124, 4 E.R. 1078; *Beson c. Director of Child Welfare (T.-N.)*, [1982] 2 R.C.S. 716; *Re S. v. McC (orse. S.) and M; W. v. W.*, [1972] A.C. 24; *P (a Minor), In re* (1981), 80 L.G.R. 301; *B (a minor), Re* (1982), 3 F.L.R. 117; *K and Public Trustee, Re* (1985), 19 D.L.R. (4th) 255; *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927); *Tulley, Guardianship of*, App., 146 Cal.Rptr. 266 (1978); *Hudson v. Hudson*, 373 So.2d 310 (Ala. 1979); *Eberhardy's Guardianship, Matter of*, 294 N.W.2d 540 (Wis. 1980); *Stump v. Sparkman*, 435 U.S. 349 (1978); *C.D.M., Matter of*, 627 P.2d 607 (Alaska 1981); *A. W., Matter of*, 637 P.2d 366 (Colo. 1981); *Terwilliger, Matter of*, 450 A.2d 1376 (Pa. 1982); *Wentzel v. Montgomery General Hospital, Inc.*, 447 A.2d 1244 (Md. 1982); *Moe, Matter of*, 432 N.E.2d 712 (Mass. 1982); *P.S. by Harbin v. W.S.*, 452 N.E.2d 969 (Ind. 1983); *Sallmaier, Matter of*, 378 N.Y.S.2d 989 (1976); *A.D., Application of*, 394 N.Y.S.2d 139 (1977); *Penny N., In re*, 414 A.2d 541 (N.H. 1980); *Quinlan, Matter of*, 355 A.2d 647 (N.J. 1976); *J. v. C.*, [1970] A.C. 668; *Strunk v. Strunk*, 445 S.W.2d 145 (Ky. 1969).

#### Statutes and Regulations Cited

*Act for the Relief of the Suitors of the High Court of Chancery*, 15 & 16 Vict., c. 87, s. 15 (U.K.)  
*Act to authorize the appointment of a Master of the Rolls to the Court of Chancery, and an Assistant Judge of the Supreme Court of Judicature in this Island*, 11 Vict., c. 6 (P.E.I.)  
*Act to provide for the care and maintenance of idiots, lunatics and persons of unsound mind*, 15 Vict., c. 36 (P.E.I.)  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 15(1).  
*Chancery Act*, R.S.P.E.I. 1951, c. 21, s. 3.  
*Chancery Jurisdiction Transfer Act*, S.P.E.I. 1974, c. 65, s. 2  
*Hospitals Act*, R.S.P.E.I. 1974, c. H-11, s. 16.  
*Hospitals Act*, "Hospital Management Regulations", R.R.P.E.I., c. H-11, s. 48.  
*Mental Health Act*, R.S.P.E.I. 1974, c. M-9, as amended by S.P.E.I. 1974, c. 65, ss. 2(n), 30A(1), (2), 30B, 30L.  
*Sexual Sterilization Act*, R.S.A. 1970, c. 341, rep. S.A. 1972, c. 87.  
*Sexual Sterilization Act*, R.S.B.C. 1960, c. 353, s. 5(1), rep. S.B.C. 1973, c. 79.

#### Lois et règlements cités

*Act for the Relief of the Suitors of the High Court of Chancery*, 15 & 16 Vict., chap. 87, art. 15 (R.-U.)  
*Act to authorize the appointment of a Master of the Rolls to the Court of Chancery, and an Assistant Judge of the Supreme Court of Judicature in this Island*, 11 Vict., chap. 6 (Î.-P.-É.)  
*Act to provide for the care and maintenance of idiots, lunatics and persons of unsound mind*, 15 Vict., chap. 36 (Î.-P.-É.)  
*Chancery Act*, R.S.P.E.I. 1951, chap. 21, art. 3.  
*Chancery Jurisdiction Transfer Act*, S.P.E.I. 1974, chap. 65, art. 2.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 15(1).  
*Hospitals Act*, R.S.P.E.I. 1974, chap. H-11, art. 16.  
*Hospitals Act*, «Hospital Management Regulations», R.R.P.E.I., chap. H-11, art. 48.  
*Mental Health Act*, R.S.P.E.I. 1974, chap. M-9, mod. par S.P.E.I. 1974, chap. 65, art. 2n), 30A(1), (2), 30B, 30L.  
*Sexual Sterilization Act*, R.S.A. 1970, chap. 341, abr. S.A. 1972, chap. 87.  
*Sexual Sterilization Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 353, art. 5(1), abr. S.B.C. 1973, chap. 79.

## Authors Cited

- Burgdorf, Robert L., Jr., and Marcia Pearce Burgdorf. "The Wicked Witch is Almost Dead: *Buck v. Bell* and the Sterilization of Handicapped Persons," 50 *Temp. L.Q.* 995 (1977).
- Canada. Law Reform Commission. *Sterilization: Implications for Mentally Retarded and Mentally Ill Persons* (Working Paper 24). Ottawa: 1979.
- Fitzherbert, Sir Anthony. *The new Natura brevium of the most reverend judge, Mr. Anthony Fitz-Herbert*. London: A Strahan and W. Woodfall, law printers to the King, for J. Butterworth, 1794.
- Lachance, Denise. "In re *Grady*: The Mentally Retarded Individual's Right to Choose Sterilization," 6 *Am. J.L. & Med.* 559 (1981).
- McIvor, Craig L. "Equitable Jurisdiction to Order Sterilizations," 57 *Wash. L.R.* 373 (1982).
- McLaughlin, Paul. *Guardianship of the Person*. Downsview, Ont.: National Institute on Mental Retardation, 1979.
- Norris, Christina Norton. "Recent Developments—Courts—Scope of Authority—Sterilization of Mental Incompetents," 44 *Tenn. L. Rev.* 879 (1977).
- Ross, Deborah Hardin. "Sterilization of the Developmentally Disabled: Shedding Some Myth-Conceptions," 9 *Fla. St. U.L. Rev.* 599 (1981).
- Sherlock, Richard K. and Robert D. Sherlock. "Sterilizing the Retarded: Constitutional, Statutory and Policy Alternatives," 60 *N.C.L.Rev.* 943 (1982).
- Theobald, Sir Henry Studdy. *The Law Relating to Lunacy*. London: Stevens and Sons Ltd., 1924.

APPEAL from a judgment of the Prince Edward Island Court of Appeal (1980), 27 Nfld. & P.E.I.R. 97, 74 A.P.R. 97, with addendum (1981), 28 Nfld. & P.E.I.R. 359, 97 A.P.R. 359, 115 D.L.R. (3d) 283, allowing an appeal from a judgment of McQuaid J. dismissing an application for consent to the sterilization of a mentally incompetent person. Appeal allowed.

*Eugene P. Rossiter*, for the appellant.

*Walter McEwen*, for the respondent.

*B. A. Crane, Q.C.*, for the intervener the Canadian Mental Health Association.

*David H. Vickers, Harvey Savage* and *S. D. McCallum*, for the intervener the Consumer Advisory Committee of the Canadian Association for the Mentally Retarded.

## Doctrine citée

- Burgdorf, Robert L., Jr. and Marcia Pearce Burgdorf. «The Wicked Witch is Almost Dead: *Buck v. Bell* and the Sterilization of Handicapped Persons,» 50 *Temp. L.Q.* 995 (1977).
- Canada. Commission de réforme du droit. *La stérilisation et les personnes souffrant de handicaps mentaux* (Document de travail 24). Ottawa: 1979.
- Fitzherbert, Sir Anthony. *The new Natura brevium of the most reverend judge, Mr. Anthony Fitz-Herbert*. London: A Strahan and W. Woodfall, law printers to the King, for J. Butterworth, 1794.
- Lachance, Denise. «In re *Grady*: The Mentally Retarded Individual's Right to Choose Sterilization,» 6 *Am. J.L. & Med.* 559 (1981).
- McIvor, Craig L. «Equitable Jurisdiction to Order Sterilizations,» 57 *Wash. L.R.* 373 (1982).
- McLaughlin, Paul. *Guardianship of the Person*. Downsview, Ont.: National Institute on Mental Retardation, 1979.
- Norris, Christina Norton. «Recent Developments—Courts—Scope of Authority—Sterilization of Mental Incompetents,» 44 *Tenn. L. Rev.* 879 (1977).
- Ross, Deborah Hardin. «Sterilization of the Developmentally Disabled: Shedding Some Myth-Conceptions,» 9 *Fla. St. U.L. Rev.* 599 (1981).
- Sherlock, Richard K. and Robert D. Sherlock. «Sterilizing the Retarded: Constitutional, Statutory and Policy Alternatives,» 60 *N.C.L.Rev.* 943 (1982).
- Theobald, Sir Henry Studdy. *The Law Relating to Lunacy*. London: Stevens and Sons Ltd., 1924.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard (1980), 27 Nfld. & P.E.I.R. 97, 74 A.P.R. 97, avec addenda (1981), 28 Nfld. & P.E.I.R. 359, 97 A.P.R. 359, 115 D.L.R. (3d) 283, qui a accueilli un appel d'un jugement du juge McQuaid qui avait rejeté une demande d'autorisation pour la stérilisation d'une personne atteinte de déficience mentale. Pourvoi accueilli.

*Eugene P. Rossiter*, pour l'appelante.

*Walter McEwen*, pour l'intimée.

*B. A. Crane, c.r.*, pour l'intervenante l'Association canadienne pour la santé mentale.

*David H. Vickers, Harvey Savage* et *S. D. McCallum*, pour l'intervenant le Comité consultatif des consommateurs de l'Association canadienne pour les déficients mentaux.

*M. Anne Bolton*, for the intervener The Public Trustee of Manitoba.

*E. A. Bowie, Q.C.*, and *B. Starkman*, for the intervener the Attorney General of Canada.

The judgment of the Court was delivered by

LA FOREST J.—These proceedings began with an application by a mother for permission to consent to the sterilization of her mentally retarded daughter who also suffered from a condition that makes it extremely difficult for her to communicate with others. The application was heard by McQuaid J. of the Supreme Court of Prince Edward Island—Family Division. In the interests of privacy, he called the daughter “Eve”, and her mother “Mrs. E”.

### Background

When Eve was a child, she lived with her mother and attended various local schools. When she became twenty-one, her mother sent her to a school for retarded adults in another community. There she stayed with relatives during the week, returning to her mother’s home on weekends. At this school, Eve struck up a close friendship with a male student: in fact, they talked of marriage. He too is retarded, though somewhat less so than Eve. However, the situation was identified by the school authorities who talked to the male student and brought the matter to an end.

The situation naturally troubled Mrs. E. Eve was usually under her supervision or that of someone else, but this was not always the case. She was attracted and attractive to men and Mrs. E. feared she might quite possibly and innocently become pregnant. Mrs. E. was concerned about the emotional effect that a pregnancy and subsequent birth might have on her daughter. Eve, she felt, could not adequately cope with the duties of a mother and the responsibility would fall on Mrs. E. This would understandably cause her great difficulty;

*M. Anne Bolton*, pour l’intervenant le curateur public du Manitoba.

*E. A. Bowie, c.r.*, et *B. Starkman*, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LA FOREST—La présente instance a commencé par la demande d’une mère en vue d’obtenir une autorisation pour qu’elle puisse consentir à la stérilisation de sa fille qui est atteinte de déficience mentale et également d’une affection qui ne lui permet pas de communiquer facilement avec les autres. La demande a été entendue par le juge McQuaid de la Cour suprême de l’Île-du-Prince-Édouard—Division de la famille. Dans l’intérêt de la protection de la vie privée, il a donné à la fille le nom de «Eve» et à sa mère celui de «M<sup>me</sup> E.»

### Historique

Lorsqu’Eve était une enfant, elle a habité chez sa mère et a fréquenté diverses écoles locales. Quand elle a eu vingt et un ans, sa mère l’a envoyée dans une école pour les adultes atteints de déficience mentale dans une autre ville. La semaine elle habitait chez des parents et retournait chez sa mère la fin de semaine. À cette école, Eve s’est liée d’une grande amitié avec un étudiant; en fait, ils ont parlé de mariage. Il est lui aussi atteint de déficience mentale, mais à un niveau moindre qu’Eve. Toutefois, la direction de l’école s’est rendu compte de la situation, on a parlé à l’étudiant et l’affaire s’est terminée.

Évidemment M<sup>me</sup> E. s’est inquiétée de la situation. Eve était habituellement sous sa surveillance ou sous celle de quelqu’un d’autre mais ce n’était pas toujours le cas. Elle était attirée par les hommes et était attirante pour ceux-ci, c’est pourquoi M<sup>me</sup> E. craignait qu’elle puisse, en toute innocence, devenir enceinte. M<sup>me</sup> E. se préoccupait des conséquences émotionnelles que pourraient avoir une grossesse et la naissance d’un enfant pour sa fille. À son avis, Eve ne pouvait pas assumer de manière adéquate les responsabilités d’une mère et que c’est elle qui devrait le faire. Il va sans dire que cela lui causerait de graves diffi-

she is a widow and was then approaching sixty. That is why she decided Eve should be sterilized.

Eve's condition is more fully described by McQuaid J. as follows:

The evidence established that Eve is 24 years of age, and suffers what is described as extreme expressive aphasia. She is unquestionably at least mildly to moderately retarded. She has some learning skills, but only to a limited level. She is described as being a pleasant and affectionate person who, physically, is an adult person, quite capable of being attracted to, as well as attractive to, the opposite sex. While she might be able to carry out the mechanical duties of a mother, under supervision, she is incapable of being a mother in any other sense. Apart from being able to recognize the fact of a family unit, as consisting of a father, a mother, and children residing in the same home, she would have no concept of the idea of marriage, or indeed, the consequential relationship between, intercourse, pregnancy and birth.

Expressive aphasia was described as a condition in which the patient is unable to communicate outwardly thoughts or concepts which she might have perceived. Particularly in the case of a person suffering from any degree of retardation, the result is that even an expert such as a psychiatrist is unable to determine with any degree of certainty if, in fact, those thoughts or concepts have actually been perceived, or whether understanding of them does exist. Little appears to be known of the cause of this condition, and even less of its remedy. In the case of Eve, this condition has been diagnosed as extreme.

From the evidence, he further concluded:

[t]hat Eve is not capable of informed consent, that her moderate retardation is generally stable, that her condition is probably non-inheritable, that she is incapable of effective alternative means of contraception, that the psychological or emotional effect of the proposed operation would probably be minimal, and that the probable incidence of pregnancy is impossible to predict.

#### The Courts Below

Mrs. E. wanted to be sure she had a right to consent to the sterilization of Eve, so she applied to McQuaid J. for the following remedies:

cultés; elle est veuve et, à ce moment-là, elle avait près de soixante ans. C'est pourquoi elle a décidé qu'Eve devrait être stérilisée.

<sup>a</sup> L'état d'Eve est décrit d'une manière plus précise par le juge McQuaid de la manière suivante:

[TRADUCTION] Il ressort de la preuve qu'Eve est âgée de 24 ans et souffre de ce qui est décrit comme de l'aphasie expressive extrême. Incontestablement elle est à tout le moins de légèrement à modérément arriérée. Elle possède certaines aptitudes d'apprentissage mais seulement à un niveau limité. On la décrit comme une personne plaisante et affectueuse qui, physiquement, est adulte et tout à fait capable d'être attirée par une personne du sexe opposé tout en étant attirante pour celle-ci. Bien qu'elle soit peut-être en mesure de remplir les tâches mécaniques d'une mère sous surveillance, elle est incapable d'être une mère dans tout autre sens. Même si elle peut reconnaître l'existence d'une unité familiale, constituée du père, de la mère et des enfants résidant dans le même foyer, elle n'aurait aucune idée de ce que représente le mariage ou, en fait, du rapport corrélatif entre les rapports sexuels, la grossesse et la naissance.

<sup>e</sup> L'aphasie expressive est décrite comme un état dans lequel le patient est incapable de communiquer les pensées ou les concepts qu'il pourrait avoir perçus. Particulièrement dans le cas d'une personne qui est atteinte de déficience mentale à un certain degré, même un expert comme un psychiatre est incapable de déterminer avec un certain degré de certitude si, en fait, ces pensées ou concepts ont réellement été perçus ou s'ils ont été compris. On ne sait pas grand-chose de la cause de cet état et même encore moins de son remède. Dans le cas d'Eve, cet état a été diagnostiqué comme étant extrême.

<sup>g</sup> D'après la preuve il a en outre conclu:

[TRADUCTION] qu'Eve n'est pas capable de donner un consentement éclairé, que sa déficience mentale modérée est généralement stable, que son état n'est probablement pas transmissible à ses descendants, qu'elle est incapable d'adopter d'autres moyens efficaces de contraception, que les conséquences psychologiques ou émotionnelles de l'opération qui est proposée seraient probablement minimales et que la possibilité d'une grossesse est impossible à prévoir.

#### Les tribunaux d'instance inférieure

Comme M<sup>me</sup> E. voulait être certaine qu'elle avait le droit de consentir à la stérilisation d'Eve, elle a demandé au juge McQuaid les redressements suivants:

- (a) that Eve be declared a mentally incompetent pursuant to the provisions of the *Mental Health Act*;
- (b) that Mrs. E. be appointed the committee of the person of Eve;
- (c) that Mrs. E. be authorized to consent to a tubal ligation operation being performed on Eve.

McQuaid J. saw no problem regarding the first two remedies. These in his view were simply a prelude to the third, on which he concentrated, i.e., the authorization to consent to a tubal ligation operation on Eve. He noted that every surgical procedure requires the prior consent of the patient or someone lawfully authorized on her behalf; otherwise it constitutes battery. Though he thought a parent or a committee could give a valid consent for any strictly therapeutic procedure on behalf of a retarded person, in his view deeper issues arose where the procedure was only marginally therapeutic or, as in the present case, strictly contraceptive and specifically one of sterilization. It would deprive Eve of the possible fulfilment of the great privilege of giving birth, a result that should cause a court to act with scrupulous caution even though Eve might not be able to understand or fully appreciate this.

Having reviewed the Canadian and English case law and found no governing authorities, McQuaid J. considered whether the court should, in the exercise of its *parens patriae* jurisdiction, intervene on behalf of Eve. He had no doubt that the court could authorize a surgical procedure necessary to health even though a side-effect might be sterilization, and he postulated that it could also do so where the public interest clearly required it, though he found it difficult to come up with an example. However, McQuaid J. was of the view that Eve, like other individuals, was entitled to the inviolability of her person, a right that superseded her right to be protected from pregnancy. That this might result in inconvenience and even hardship to others was irrelevant. The law must protect

## [TRADUCTION]

- a) qu'Eve soit déclarée atteinte de déficience mentale aux termes des dispositions de la *Mental Health Act*;
- a b) que M<sup>me</sup> E. soit nommée curatrice à la personne d'Eve;
- c) que M<sup>me</sup> E. soit autorisée à consentir à ce que l'opération de ligature des trompes soit exécutée sur Eve.

<sup>b</sup> Le juge McQuaid n'a vu aucun problème en ce qui a trait aux deux premiers redressements. À son avis, ceux-ci constituaient simplement un prélude au troisième, sur lequel il s'est concentré, c'est-à-dire l'autorisation de consentir à l'opération de ligature des trompes sur Eve. Il a souligné que toute opération chirurgicale exige le consentement préalable du patient ou d'une personne légalement autorisée en son nom; autrement il s'agit de voies de fait. Bien qu'il croie qu'un parent ou un tuteur puisse donner un consentement valide en ce qui concerne tout acte strictement thérapeutique pour le compte d'une personne atteinte de déficience mentale, à son avis des questions plus délicates se posent lorsque l'acte n'est que marginalement thérapeutique ou, comme en l'espèce, strictement de nature contraceptive et précisément de stérilisation. Une telle opération priverait Eve de la réalisation éventuelle du grand privilège de donner la vie, ce qui doit amener un tribunal à agir avec une grande prudence même si Eve peut ne pas être en mesure de le comprendre ou de l'apprécier complètement.

<sup>g</sup> Après avoir passé en revue la jurisprudence canadienne et anglaise et n'avoir trouvé aucun précédent, le juge McQuaid s'est demandé si le tribunal devait, dans l'exercice de sa compétence <sup>h</sup> *parens patriae*, intervenir au nom d'Eve. Il était certain que la cour pouvait autoriser une opération chirurgicale nécessaire pour la santé même si la stérilisation pouvait en être un effet secondaire et a posé comme principe qu'elle pouvait également le faire lorsque l'intérêt public l'exigeait clairement, bien qu'il eût jugé difficile de trouver un exemple. Toutefois, le juge McQuaid a exprimé l'avis qu'Eve, comme d'autres individus, avait le droit à l'inviolabilité de sa personne, un droit qui passe avant son droit d'être protégée contre la grossesse. Il n'était pas pertinent que cette situation pût

those who are unable to protect themselves, it must ensure the protection of the higher right. He, therefore, concluded that the court had no authority or jurisdiction to authorize a surgical procedure on a mentally retarded person, the intent and purpose of which was solely contraceptive. It followed that, except for clinically therapeutic reasons, parents or other similarly situated could not give a valid consent to such a surgical procedure either, at least in the absence of clear and unequivocal statutory authority. He, therefore, denied the application.

An appeal to the Supreme Court of Prince Edward Island, *in banco*, was launched, and an order was then made appointing the Official Trustee as Guardian *ad litem* for Eve. The appeal was allowed. The general view of the court is set forth in an *addendum* to its notes of judgment as follows:

In rendering judgment in this matter, we are unanimously of the opinion that the Court has, in proper circumstances, the authority and jurisdiction to authorize the sterilization of a mentally incompetent person for non-therapeutic reasons. The jurisdiction of the Court originates from its *parens patriae* powers towards individuals who are unable to look after themselves and gives the Court authority to make the individual a ward of the Court.

The court, however, differed on the evidence. A majority (Large and Campbell JJ.) was of the view, MacDonald J. dissenting, that there was sufficient evidence to warrant the sterilization of Eve. The court, therefore, ordered that:

- (a) "Eve" be appointed a ward of the Court pursuant to the *parens patriae* jurisdiction for the sole purpose of facilitating and authorizing her sterilization;
- (b) the Court authorizes the sterilization of "Eve" by a competent medical practitioner;
- (c) the Court reserves its approval of the method of sterilization to be followed pending further submissions of counsel as to the medically preferred surgical procedure.

entraîner des inconvénients, voire même des souffrances pour les autres. Le droit doit protéger ceux qui sont incapables de se protéger eux-mêmes; il doit assurer la protection de l'intérêt supérieur. Il a par conséquent conclu que la cour n'avait ni le pouvoir ni la compétence d'autoriser une opération chirurgicale uniquement à des fins de contraception sur une personne atteinte de déficience mentale. Il s'ensuit que, sauf pour des raisons cliniquement thérapeutiques, les parents ou d'autres personnes dans une position semblable ne pourraient pas non plus donner un consentement valide à une telle opération chirurgicale, du moins en l'absence d'un pouvoir clair et non équivoque accordé par la loi. Il a donc rejeté la demande.

Appel a été interjeté à la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, *in banco*, et une ordonnance a alors été rendue nommant le curateur public à titre de tuteur d'instance d'Eve. L'appel a été accueilli. L'opinion générale de la cour est énoncée dans un *addenda* à ses motifs de jugement de la manière suivante:

[TRADUCTION] En rendant le jugement sur cette question, nous sommes d'avis, à l'unanimité, que la Cour a, dans les circonstances appropriées, le pouvoir et la compétence d'autoriser la stérilisation pour des raisons non thérapeutiques d'une personne atteinte de déficience mentale. La compétence de la Cour découle de son pouvoir à titre de *parens patriae* à l'égard des personnes qui sont incapables de s'occuper d'elles-mêmes et cette compétence lui donne le pouvoir de faire en sorte que cette personne devienne la pupille de la Cour.

Toutefois, tous les membres de la cour n'ont pas analysé la preuve de la même façon. Les juges de la majorité (les juges Large et Campbell) ont été d'avis, le juge MacDonald étant dissident, qu'il y avait suffisamment d'éléments de preuve pour justifier la stérilisation d'Eve. Par conséquent la cour a ordonné que:

[TRADUCTION]

- a) «Eve» soit nommée pupille de la Cour en application de la compétence *parens patriae* dans le seul but de faciliter et d'autoriser sa stérilisation;
- b) la Cour autorise la stérilisation d'«Eve» par un médecin compétent;
- c) la Cour réserve son approbation à l'égard de la méthode de stérilisation en attendant d'autres arguments des avocats sur la procédure chirurgicale indiquée sur le plan médical.

Though the members of the court shared the general view already set forth, there were nonetheless significant differences in their approaches, particularly between that of MacDonald J. and those of the other two judges. To begin with, MacDonald J. took the position that since McQuaid J. had not dealt with the first two grounds in the application, the appeal was only as to the third ground. MacDonald J. expressed considerable doubt about the application of the *Mental Health Act*, and he added that if it did not apply, this raised questions about the burden and standard of proof the court should place on those seeking substituted consent. He, therefore, felt it would be improper for the court to address any other issue than the one strictly before it, especially when that issue was as fundamental as informed consent.

In particular, MacDonald J. was concerned with the fact that no one had appeared on behalf of Eve at the hearing of the application although the judge had requested that a department of the government do so. Counsel for the provincial Department of Justice had been present, it is true, but his role was unclear, and MacDonald J. felt that McQuaid J. would not have readily reached some of his conclusions had Eve been represented. He thus felt the sole question the court could deal with was whether the court appealed from had authority or jurisdiction to authorize a contraceptive sterilization on a mentally retarded person.

To that question, we saw, he replied in the affirmative, but only on a very narrow basis. In his view, the court's jurisdiction was limited to protecting those who are unable to protect themselves. In the case of therapeutic treatment, a parent or guardian could give the required consent and in default the court could intervene under its power as *parens patriae*. But when a non-therapeutic operation was involved, the court must determine whether allowing or disallowing it would best protect the individual.

Bien que les membres de la cour aient partagé l'opinion générale déjà énoncée, leurs façons d'aborder la question comportent néanmoins des différences importantes, particulièrement entre celles du juge MacDonald et celles des deux autres juges. Tout d'abord, le juge MacDonald a estimé que, puisque le juge McQuaid n'avait pas traité des deux premiers moyens dans la demande, l'appel ne portait que sur le troisième moyen. Le juge MacDonald a exprimé des doutes sérieux à l'égard de l'application de la *Mental Health Act* et il a ajouté que si elle ne s'appliquait pas, cela soulevait des questions sur le fardeau et la norme de preuve que doit imposer la cour à ceux qui demandent une substitution de consentement. Il était donc d'avis que la cour ne pouvait examiner aucune autre question que celle qui lui était strictement présentée, particulièrement lorsque cette question est aussi fondamentale que le consentement éclairé.

En particulier, le juge MacDonald s'est inquiété du fait que personne n'a comparu pour le compte d'Eve à l'audition de la demande bien que le juge ait demandé qu'un ministère du gouvernement le fasse. L'avocat du ministère de la Justice provincial était présent, il est vrai, mais son rôle n'était pas clair et le juge MacDonald a été d'avis que le juge McQuaid ne serait pas parvenu aussi rapidement à certaines de ses conclusions si Eve avait été représentée. Il a donc estimé que la seule question que la cour pouvait examiner était celle de savoir si le tribunal de première instance avait le pouvoir ou la compétence d'autoriser qu'une personne atteinte de déficience mentale soit stérilisée à des fins de contraception.

Nous avons vu qu'il a répondu à cette question par l'affirmative, mais seulement sur un fondement très limité. À son avis, la compétence de la cour se limite à la protection de ceux qui sont incapables de se protéger eux-mêmes. Dans le cas d'un traitement thérapeutique, un parent ou un tuteur pourrait donner le consentement exigé et, à défaut de quoi, la cour pourrait intervenir en vertu de sa compétence de *parens patriae*. Toutefois dans le cas d'une opération non thérapeutique, la cour doit déterminer si autoriser ou refuser l'opération protégerait mieux la personne.

In MacDonald J.'s view, a court has authority to authorize the contraceptive sterilization of a mentally retarded person but only in exceptional cases. While he found it extremely difficult to conceive of sterilization as protective rather than violative, he felt it would be inappropriate to state as a binding rule that the court would never authorize sterilization for non-therapeutic purposes. If a court did so, however, it must act with extreme caution lest it open the way to abuse. Accordingly he set forth a number of criteria that must be followed in dealing with an application for the purpose. Some of these, he concluded, (in particular, the requirement that the individual proposed to be sterilized must be represented by counsel competent to deal with the medical, social, legal and ethical issues involved) had not been followed in the present case.

Campbell J. took a broader view of the court's powers. The court, he thought, could exercise its parental jurisdiction by making the individual in question its ward. It was possible that the court had implied authority to bring a person within the ambit of the *parens patriae* jurisdiction by its own order, but the *Mental Health Act* provided an adequate statutory base.

The *parens patriae* jurisdiction must, he stated, be exercised solely for the benefit of the mentally retarded person. Each case demanded an objective but compassionate assessment of all relevant facts and circumstances. It could not, in his view, be stated as a rule of law that the inviolability of the person supersedes the right to be protected from pregnancy. That conclusion, he felt, could only be reached by a consideration of the particular circumstances.

In Eve's case, Campbell J. held, the real and genuine object of the proposed sterilization was her protection. There was no overriding public interest against it. And there was a likelihood of substantial injury to her if the operation was not performed. In his view, that injury must be

Selon le juge MacDonald, un tribunal est compétent pour autoriser qu'une personne atteinte de déficience mentale soit stérilisée à des fins de contraception, mais seulement dans des cas exceptionnels. Bien qu'il ait trouvé extrêmement difficile de concevoir la stérilisation comme une mesure de protection plutôt qu'une atteinte à l'intégrité de la personne, il a estimé qu'il ne serait pas approprié d'établir de façon péremptoire que la cour n'autoriserait jamais la stérilisation à des fins non thérapeutiques. Toutefois, si un tribunal le faisait, il devrait agir avec une très grande prudence, de crainte que cela n'ouvre la voie à des abus. Par conséquent, il a énoncé un certain nombre de critères qui doivent être suivis lorsqu'il s'agit de traiter d'une demande à cette fin. Il a conclu que certains d'entre eux (en particulier l'exigence selon laquelle la personne dont on propose la stérilisation doit être représentée par un avocat compétent pour traiter des questions médicales, sociales, juridiques et de déontologie qui sont en jeu) n'ont pas été appliqués en l'espèce.

Le juge Campbell a adopté une vue plus large à l'égard des pouvoirs de la cour. À son avis, la cour pouvait exercer sa compétence parentale en déclarant que la personne en question est sa pupille. Il était possible que, de son propre chef, la cour eût le pouvoir implicite d'inclure une personne dans le champs de la compétence *parens patriae*, mais la *Mental Health Act* constituait un fondement législatif adéquat.

Il a déclaré que la compétence *parens patriae* ne doit être exercée qu'à l'avantage du déficient mental. Dans chaque cas il faut procéder à une évaluation objective mais compatissante de tous les faits et circonstances pertinents. À son avis, on ne pouvait ériger en règle de droit que l'inviolabilité de la personne prévaut sur le droit d'être protégé contre la grossesse. Il a estimé qu'on ne pouvait parvenir à cette conclusion qu'en examinant les circonstances particulières.

Dans le cas d'Eve, le juge Campbell a conclu que la stérilisation proposée avait réellement et véritablement pour objet de la protéger. Il n'y avait aucun intérêt public prépondérant contre cet objectif. Il était également vraisemblable qu'elle subirait un préjudice important si l'opération

assessed in its social, mental, physical and economic contexts. In the absence of permanent sterilization, the protected environment Eve enjoyed would become a guarded environment. This would deprive her of social options and relative freedom.

Large J. agreed with Campbell J. that the court could exercise its parental jurisdiction through a committee appointed under the *Mental Health Act*. He also agreed with him on the substituted consent issue, but appears to have gone further. After reviewing the record, he commented:

In this unfortunate case I am unable to see how a choice between a chance pregnancy and the tubal ligation which is recommended by "Eve's" medical advisers poses any problem. I believe that the decision is first to be made by the doctor and then by the committee. I do not consider that the Courts should be concerned in each case of medical treatment or surgery which may arise in the future and would direct that "Eve's" doctor and her committee, when appointed, should be free to make a choice of whatever medical or surgical intervention is considered best for "Eve's" welfare.

The court, it will be remembered, had in its original order reserved its approval of the method of sterilization to be followed. After further representations, it later ordered that the method of sterilization be by way of a hysterectomy.

Leave to appeal to this Court was then granted to Eve's Guardian *ad litem* by the Prince Edward Island Supreme Court, Appeal Division. Subsequently this Court granted intervener status to the Consumer Advisory Committee of the Canadian Association for the Mentally Retarded, The Public Trustee of Manitoba, the Canadian Mental Health Association, and the Attorney General of Canada.

### The Issues on this Appeal

The major issues raised in this appeal are substantially as follows:

1. Is there relevant provincial legislation that gives a court jurisdiction to appoint a commit-

n'était pas effectuée. À son avis, ce préjudice devait être évalué selon un contexte social, mental, physique et économique. À défaut d'une stérilisation permanente, l'environnement protégé dont Eve jouissait deviendrait un environnement gardé. Une telle situation la priverait de choix sociaux et d'une liberté relative.

Le juge Large a convenu avec le juge Campbell que la cour pouvait exercer sa compétence parentale par l'entremise d'un curateur nommé aux termes de la *Mental Health Act*. Il a également partagé son avis sur la question de substitution de consentement, mais il paraît être allé plus loin. Après avoir examiné le dossier, il a fait remarquer:

[TRADUCTION] Dans ce cas malheureux, je ne peux voir en quoi un choix entre le risque d'une grossesse et la ligature des trompes qui est recommandée par les conseillers médicaux d'«Eve» pose un problème. Je crois que la décision doit d'abord être prise par le médecin et ensuite par le curateur. Je ne considère pas que les tribunaux devraient s'inquiéter de chaque cas de traitement médical ou chirurgical qui pourra se présenter à l'avenir et je suis d'avis d'ordonner que le médecin d'«Eve» et son curateur, lorsqu'il sera nommé, soient libres de choisir l'intervention médicale et chirurgicale considérée la meilleure pour le bien-être d'«Eve».

On se souviendra que la cour avait, dans sa première ordonnance, réservé son approbation de la méthode de stérilisation qui devrait être suivie. Après d'autres plaidoiries, elle a par la suite ordonné que la stérilisation se fasse par une hystérectomie.

La Division d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard a accordé au tuteur d'instance d'Eve l'autorisation de se pourvoir en cette Cour. Par la suite cette Cour a accordé le statut d'intervenants au Comité consultatif des consommateurs de l'Association canadienne pour les déficients mentaux, au curateur public du Manitoba, à l'Association canadienne pour la santé mentale et au procureur général du Canada.

### Les questions en litige

Les principales questions soulevées dans le présent pourvoi sont en substance les suivantes:

1. Y a-t-il des textes législatifs provinciaux applicables qui accordent à un tribunal le

tee vested with the power to consent to or authorize surgical procedures for contraceptive purposes on an adult who is mentally incompetent?

2. In the absence of statutory authority, does the court's *parens patriae* jurisdiction allow the court to consent to the sterilization of an adult who is mentally incompetent?

3. What is the appropriate standard of proof to be applied in a case where an application is made to the court for its substituted consent to a non-therapeutic procedure on behalf of a mentally incompetent adult? Upon whom is the onus of proof?

4. If the court has jurisdiction to provide substituted consent for a non-therapeutic procedure on behalf of a mentally incompetent adult, did the Supreme Court of Prince Edward Island, *in banco*, properly exercise its jurisdiction in granting an order authorizing the sterilization of Eve?

5. Does the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* protect an individual against sterilization without that individual's consent?

6. If the *Charter* provides such protection, when will it permit the non-therapeutic sterilization of a mentally incompetent who is incapable of giving consent?

7. Does the *Charter* give an individual the right to choose not to procreate, and if so does the court have jurisdiction to make that choice on behalf of an individual who is unable to do so?

### General Considerations

Before entering into a consideration of the specific issues before this Court, it may be useful to restate the general issue briefly. The Court is asked to consent, on behalf of Eve, to sterilization since she, though an adult, is unable to do so herself. Sterilization by means of a tubal ligation is usually irreversible. And hysterectomy, the operation authorized by the Appeal Division, is not only irreversible; it is major surgery. Eve's sterilization is not being sought to treat any medical condition. Its purposes are admittedly non-therapeutic. One

pouvoir de nommer un curateur investi du pouvoir de permettre ou d'autoriser des interventions chirurgicales à des fins de contraception sur un adulte qui est atteint de déficience mentale?

2. En l'absence de pouvoir accordé par la loi, la compétence *parens patriae* du tribunal lui permet-elle d'autoriser la stérilisation d'un adulte atteint de déficience mentale?

3. Quelle norme de preuve doit être appliquée dans une demande adressée à un tribunal pour qu'il consente à une intervention thérapeutique au nom d'un adulte atteint de déficience mentale? À qui incombe le fardeau de la preuve?

4. Si le tribunal a le pouvoir de consentir à une intervention thérapeutique au nom d'un adulte atteint de déficience mentale, la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, *in banco*, a-t-elle bien exercé sa compétence en accordant une ordonnance autorisant la stérilisation d'Eve?

5. La *Charte canadienne des droits et libertés* protège-t-elle une personne contre la stérilisation sans son consentement?

6. Si la *Charte* accorde cette protection, quand permettra-t-elle la stérilisation non thérapeutique d'un déficient mental qui est incapable de donner son consentement?

7. La *Charte* donne-t-elle à une personne le droit de choisir de ne pas procréer et, dans l'affirmative, le tribunal a-t-il le pouvoir de faire ce choix au nom d'une personne qui n'est pas capable de le faire?

### Considérations d'ordre général

Avant d'examiner les questions précises soumises à cette Cour, il peut être utile de reformuler brièvement la question générale. On demande à la Cour de consentir à la stérilisation au nom d'Eve puisqu'elle est incapable de le faire elle-même quoiqu'elle soit adulte. La stérilisation par ligature des trompes est habituellement irréversible. Quant à l'hystérectomie, l'opération autorisée par la Division d'appel, elle est non seulement irréversible, mais il s'agit d'une intervention chirurgicale majeure. On ne cherche pas à obtenir la stérilisa-

such purpose is to deprive Eve of the capacity to become pregnant so as to save her from the possible trauma of giving birth and from the resultant obligations of a parent, a task the evidence indicates she is not capable of fulfilling. As to this, it should be noted that there is no evidence that giving birth would be more difficult for Eve than for any other woman. A second purpose of the sterilization is to relieve Mrs. E. of anxiety about the possibility of Eve's becoming pregnant and of having to care for any child Eve might bear.

tion d'Eve pour traiter une maladie. De l'aveu général le but de l'opération n'est pas thérapeutique. Elle a pour but de priver Eve de la possibilité de devenir enceinte de manière à la préserver du traumatisme possible de l'accouchement et des obligations parentales qui en résultent, une tâche que, selon les éléments de preuve, elle n'est pas en mesure de remplir. À cet égard, il convient de souligner qu'il n'y a aucun élément de preuve selon lequel l'accouchement serait plus difficile pour Eve que pour les autres femmes. Le second but de la stérilisation est d'enlever à M<sup>me</sup> E. la crainte qu'Eve puisse devenir enceinte et qu'elle ait à s'occuper de l'enfant auquel Eve pourrait donner naissance.

### Does the Court have Statutory Jurisdiction?

On the application and in the Appeal Division, reliance was placed on certain provisions of the *Mental Health Act*, R.S.P.E.I. 1974, c. M-9, as amended by [the *Chancery Jurisdiction Transfer Act*] S.P.E.I. 1974, c. 65. These provisions read as follows:

2. (n) "person in need of guardianship" means a person

- (i) in whom there is a condition of arrested or incomplete development of mind, whether arising from inherent causes or induced by disease or injury, or
- (ii) who is suffering from such a disorder of the mind, that he requires care, supervision and control for his protection and the protection of his property.

30 A (1) When a person in need of guardianship is possessed of goods and chattels, lands and tenements or rights or credits, the Supreme Court may on petition, stating the name, age and residence of the person therein alleged to be a person in need of guardianship, setting forth generally the real and personal estate, rights and credits of and belonging to that person, so far as they are known to the petitioner and the value thereof, and verified by the affidavit of the petitioner or some other credible person or persons, order that person so alleged to be a person in need of guardianship to be examined by two competent medical men, to ascertain his state of mind and capability of managing his affairs,

### La Cour a-t-elle compétence en vertu de la loi?

À l'occasion de la demande et devant la Division d'appel, on s'est fondé sur certaines dispositions de la *Mental Health Act*, R.S.P.E.I. 1974, chap. M-9, modifiée par [la *Chancery Jurisdiction Transfer Act*] S.P.E.I. 1974, chap. 65. Ces dispositions sont les suivantes:

[TRADUCTION]

2. n) «personne devant être placée sous tutelle» désigne une personne

- (i) dont le développement mental est arrêté ou incomplet, en raison de causes inhérentes, d'une maladie ou d'une blessure, ou
- (ii) qui souffre de troubles mentaux l'obligeant à recevoir des soins, à être sous surveillance et sous contrôle pour sa protection et celle de ses biens.

30 A (1) Lorsqu'une personne devant être placée sous tutelle possède des biens et effets, des biens-fonds et des immeubles de rapport ou des droits ou créances, la Cour suprême peut, sur requête énonçant le nom, l'âge et la résidence de la personne dont on demande la mise sous tutelle, énumérant d'une manière générale les biens meubles et immeubles, les droits et créances et propriétés de cette personne, dans la mesure où ils sont connus par le requérant, et leur valeur, attestée par l'affidavit du requérant ou de toute autre personne digne de foi, ordonner que cette personne dont on demande la mise sous tutelle soit examinée par deux médecins compétents pour vérifier son état mental et

and the medical men shall certify their opinion thereon.

- (2) If by the certificate of two medical men issued pursuant to subsection (1) it appears to the satisfaction of the Supreme Court that the person is a person in need of guardianship and incapable of managing his affairs, and that under the circumstances it would be for his benefit that the custody of his person and the management of his estate should be committed to some other person, the Supreme Court may make an order appointing some fit and proper person to be a committee of the person and estate of the person in need of guardianship and if necessary direct such allowance to be made out of the estate for the maintenance and medical treatment of the person in need of guardianship as it deems proper, and the committee shall give security by way of bond or recognizance with such sureties and in such form as the Supreme Court shall direct conditioned for the faithful performance of his duties as the committee.
- 30 B Every order made under subsection (2) of section 30A for the appointment of a committee has the effect of vesting the person and estate of the person in need of guardianship in the committee in the same manner as a grant to the committee of the person and estate of a lunatic made by and under the order and direction of the Lord Chancellor of England would have done at the time of the passing of the Act 15 Victoria, Chapter 36; but when the fact the person being a person in need of guardianship is doubtful, the Supreme Court, before making the order, hold an inquiry in order that the state of the person's mind may be ascertained and until the completion of the inquiry may make such provisional order respecting the person and estate of the alleged person in need of guardianship as may seem necessary.
- 30 L Every act done by the committee of the estate of a person in need of guardianship under and by virtue of this Act, and every order of the Supreme Court are as valid and binding against the person in need of guardianship and all persons claiming by, from or under him, as if the person so being a person in need of guardianship had been in his sound mind and had personally done such act.

sa capacité de gérer ses affaires et les médecins doivent certifier leur opinion.

- (2) Si d'après le certificat de deux médecins délivré aux termes du paragraphe (1), la Cour suprême est convaincue que la personne doit être placée sous tutelle et est incapable de gérer ses affaires et que, compte tenu des circonstances, il serait à son avantage que la garde de sa personne et la gestion de ses biens soient confiées à une autre personne, la Cour suprême peut rendre une ordonnance nommant une personne apte et appropriée curateur à la personne et aux biens et, si nécessaire, ordonner qu'un montant qu'elle juge approprié soit prélevé sur biens de la personne devant être placée sous tutelle pour son entretien et ses traitements médicaux et le curateur doit donner une garantie au moyen d'une caution ou d'une reconnaissance selon la formule que la Cour suprême ordonne pour assurer la bonne exécution de ses fonctions.

- 30 B Toute ordonnance rendue aux termes du paragraphe (2) de l'article 30A prévoyant la nomination d'un curateur a pour effet de confier au curateur la personne devant être placée sous tutelle et ses biens de la même manière que le faisait la constitution d'un curateur à la personne et aux biens d'un aliéné aux termes de l'ordonnance et des directives du lord chancelier d'Angleterre au moment de l'adoption de la Loi 15 Victoria, chapitre 36; toutefois s'il y a un doute qu'une personne doive être placée sous tutelle, la Cour suprême, avant de rendre l'ordonnance, mène une enquête pour vérifier la santé mentale de cette personne et, pendant le cours de l'enquête, elle peut rendre les ordonnances provisoires qu'elle juge nécessaires concernant la personne en question et ses biens.

- 30 L Tout acte accompli par le curateur aux biens d'une personne devant être placée sous tutelle aux termes de la présente loi et toute ordonnance de la Cour suprême sont valides et obligatoires contre la personne devant être placée sous tutelle et toute personne qui réclame en son nom, comme ils le seraient si ladite personne devant être placée sous tutelle avait été saine d'esprit et avait personnellement accompli cet acte.

The Act, as can be seen, provides a procedure for determining whether persons are in need of guardianship as defined in s. 2(n). It also gives certain powers over such persons, or at least their property, to a committee. However, it is by no means clear that the Act applies to Eve. The opening words of s. 30A(1), which provides for the psychiatric assessment of a person alleged to be in need of guardianship, at first sight at least, appear to be directed solely to persons in need of guardianship who are also possessed of property. Taken by itself, then, s. 30A(1) gives the impression that it is aimed at the management of an incompetent person's estate. Nothing in the evidence indicates that Eve has any property.

Section 30A(2), however, empowers the court to appoint a committee of the person as well as of the estate of a person in need of guardianship. It does not, however, expressly empower it to authorize any medical procedure, but only to make allowances from the person's estate for maintenance and medical treatment. It may impliedly empower the court to authorize medical treatment by its grant of custody, but any such implication would have to be read in light of the fact that the court's power to make an allowance for medical purposes does not extend to all medical procedures, but only to medical treatment. Eve, we have seen, is not being treated for any medical condition. The sole purpose for her proposed sterilization is non-therapeutic.

Even assuming, therefore, that these provisions apply to a person who has no property, and that they confer powers beyond property management, including an implied power in a committee to authorize medical treatment, matters that are by no means free from doubt, it would take much stronger language to persuade me that they empower a committee to authorize the sterilization of an individual for non-therapeutic purposes.

Finally, s. 30B provides that a committee appointed under s. 30A(2) has the effect of vesting the person and estate of the person in need of guardianship in the committee in the same manner

La Loi, comme on peut le constater, prévoit une procédure pour déterminer si des personnes doivent être placées sous tutelle suivant la définition de l'al. (2)n). Elle accorde également certains pouvoirs à un curateur sur ces personnes ou, du moins, sur leurs biens. Toutefois, il n'est nullement évident que la Loi s'applique à Eve. Le préambule du par. 30A(1), qui prévoit l'évaluation psychiatrique d'une personne dont on demande la mise sous tutelle, à première vue du moins, paraît viser seulement les personnes devant être placées sous tutelle qui ont également des biens. Alors si l'on interprète le par. 30A(1) de façon isolée, il donne l'impression qu'il vise la gestion des biens d'un incapable. Aucun élément de preuve n'indique qu'Eve possède des biens.

Toutefois, le par. 30A(2) donne à la cour le pouvoir de nommer un curateur à la personne ainsi qu'aux biens d'une personne devant être placée sous tutelle. Il ne lui donne cependant pas expressément le pouvoir d'autoriser un acte médical, mais seulement de prélever des montants sur les biens de la personne pour son entretien et ses traitements médicaux. Cela peut implicitement donner à la cour le pouvoir d'autoriser un traitement médical en accordant la garde, mais une telle déduction devrait être rapprochée du fait que le pouvoir de la cour de prélever un montant à des fins médicales ne s'applique pas à tous les actes médicaux mais seulement au traitement médical. Eve, comme nous l'avons vu, n'est pas traitée pour une maladie. Le seul objet de la stérilisation proposée n'est pas thérapeutique.

Par conséquent, même si l'on présume que ces dispositions s'appliquent à la personne qui n'a pas de biens et qu'elles confèrent des pouvoirs qui vont plus loin que la gestion des biens, y compris le pouvoir implicite d'un curateur d'autoriser un traitement médical, points qui ne sont pas sans soulever de doutes, il faudrait un texte beaucoup plus précis pour me persuader qu'elles donnent au curateur le pouvoir d'autoriser la stérilisation d'une personne à des fins non thérapeutiques.

Enfin, l'art. 30B prévoit que la nomination d'un curateur en vertu du par. 30A(2) a pour effet de confier au curateur la personne devant être placée sous tutelle et ses biens de la même manière que le

as a grant to the committee of a person and estate of a lunatic by the Lord Chancellor of England at the time of the passing of the Island Act, (1852), 15 Vict., c. 36. That, however, does not dispel the doubts that a committee can only be appointed for a person who owns property, especially since the reference to the grant by the Lord Chancellor is to the person and estate of the incompetent, and (though this is less cogent) the Island Act of 1852 appears also to have been limited to incompetents who owned property. In any event, any relevant power the Lord Chancellor had at the time is related to the *parens patriae* jurisdiction, which I shall be discussing at length later.

In a word, I am unable to see how the *Mental Health Act* much advances the case of the applicants. It does provide a procedure for a declaration of mental incompetency, at least for those who own property, but its ambit is unclear. Certainly, power to obtain an authorization for sterilization, if it exists, must be found elsewhere. It is significant that in this Court the respondent did not rely on the *Mental Health Act* but on s. 48 of the *Hospital Management Regulations*, R.R.P.E.I., c. H-11 adopted pursuant to s. 16 of the *Hospitals Act*, R.S.P.E.I. 1974, c. H-11.

Section 48 of these Regulations reads as follows:

48. No surgical operation shall be performed on a patient unless a consent in writing for the performance of the operation has been signed by

- (a) the patient;
- (b) the spouse, one of the next of kin or parent of the patient, if the patient is unable to sign by reason of mental or physical disability; or
- (c) the parent or guardian of the patient, if the patient is unmarried and under eighteen years of age,

but if the surgeon believes that delay caused by obtaining the consent would endanger the life of the patient

- (d) the consent is not necessary; and
- (e) the surgeon shall write and sign a statement that a delay would endanger the life of the patient.

faisait la constitution d'un curateur à la personne et aux biens d'un aliéné par le lord chancelier d'Angleterre au moment de l'adoption de la loi de l'Île-du-Prince-Édouard (1852), 15 Vict., chap. 36.

a Cela n'écarte toutefois pas les doutes qu'un curateur ne puisse être nommé que pour une personne qui possède des biens, particulièrement étant donné la mention que la constitution d'un curateur par le lord chancelier vise la personne et les biens de l'incapable, et (bien que ce soit moins pertinent) la loi de 1852 paraît également ne viser que les incapables qui possèdent des biens. De toute façon, tout pouvoir pertinent que possédait le lord chancelier à ce moment-là se rapporte à la compétence *parens patriae* que j'examinerai d'une manière approfondie plus loin.

Bref, je suis incapable de voir comment la *Mental Health Act* donne des arguments aux requérants. Elle prévoit une procédure en vue d'obtenir un jugement déclaratoire à l'égard des déficients mentaux, du moins ceux qui possèdent des biens, mais sa portée n'est pas claire. De toute évidence, le pouvoir d'obtenir une autorisation en vue de la stérilisation, s'il existe, doit se trouver ailleurs. Il est révélateur que, devant cette Cour, l'intimée ne se soit pas fondée sur la *Mental Health Act*, mais sur l'art. 48 du *Hospital Management Regulations*, R.R.P.E.I., chap. H-11, pris en application de l'art. 16 de l'*Hospitals Act*, R.S.P.E.I. 1974, chap. H-11.

Voici le texte de l'art. 48 de ce règlement:

[TRADUCTION] 48. Aucune opération chirurgicale ne doit être effectuée sur un patient à moins qu'un consentement écrit à cette fin n'ait été signé par:

- a) le patient;
- b) le conjoint ou le plus proche parent, si le patient est incapable de signer en raison d'une incapacité mentale ou physique; ou
- c) le parent ou le tuteur du patient qui n'est pas marié et qui est âgé de moins de dix-huit ans,

mais, si le chirurgien croit qu'un retard dû à l'obtention du consentement pourrait mettre en danger la vie du patient,

- d) le consentement n'est pas nécessaire; et
- e) le chirurgien doit rédiger et signer une déclaration selon laquelle un retard mettrait en danger la vie du patient.

Section 16 of the Act under which it was enacted reads as follows:

**16.** Upon the recommendation of the Commission, the Lieutenant Governor in Council may make such regulations with respect to hospitals as may be deemed necessary for

(a) their establishment, construction, alteration, equipment, safety, maintenance and repairs;

(b) their classification, grades, and standards;

(c) their inspection, control, government, management, conduct, operation and use;

(d) respecting the granting, refusing, suspending and revoking of approval of hospitals and of additions to or renovations in hospitals;

(e) prescribing the matters upon which bylaws are to be passed by hospitals;

(f) prescribing the powers and duties of inspectors;

(g) providing that certain persons shall be by virtue of their office members of the Board in addition to the members of the Board appointed or elected in accordance with the authority whereby the hospital is established;

(h) respecting their administrators, staffs, officers, servants, and employees and the powers and duties thereof;

(i) providing for the certification of chronically ill persons;

(j) defining residents of the province for the purposes of this Act and the regulations;

(k) respecting the admission, treatment, care, conduct, discipline and discharge of patients or any class of patients;

(l) respecting the classification of patients and the lengths of stay of and the rates and charges for patients;

(m) prescribing the manner in which hospital rates and charges shall be calculated;

(n) prescribing the facilities that hospitals shall provide for students;

(o) respecting the records, books, accounting systems, audits, reports and returns to be made and kept by hospitals;

(p) respecting the reports and returns to be submitted to the Commission by hospitals;

(q) prescribing the classes of grants by way of provincial aid and the methods of determining the amounts of grants and providing for the manner and times of

Voici le texte de l'art. 16 de la Loi en vertu duquel il a été adopté:

[TRADUCTION] **16.** Sur la recommandation de la Commission, le lieutenant-gouverneur en conseil peut prendre les règlements relatifs aux hôpitaux qu'il juge nécessaires pour

a) leur mise sur pied, leur construction, leur modification, leur équipement, leur sécurité, leur entretien et leur réparation;

b) la classification, l'établissement de catégories et de normes;

c) leur inspection, leur contrôle, leur régie, leur gestion, leur conduite, leur exploitation et leur utilisation;

d) concernant l'octroi, le refus, la suspension et la révocation de l'approbation des hôpitaux et d'agrandissements ou de renovations des hôpitaux;

e) prescrivant les sujets sur lesquels porteront les règlements adoptés par les hôpitaux;

f) prescrivant les pouvoirs et les fonctions des inspecteurs;

g) prévoyant que certaines personnes seront, en vertu de leurs fonctions, membres du Conseil en plus des membres du Conseil nommés ou élus conformément aux règles en vertu desquelles l'hôpital est établi;

h) concernant leurs administrateurs, leur personnel, leurs dirigeants, leurs préposés et employés et leurs pouvoirs et fonctions;

i) prévoyant l'enregistrement des malades chroniques;

j) définissant les résidents de la province aux fins de la présente loi et du règlement d'application;

k) concernant l'admission, le traitement, les soins, la conduite, la discipline et le congé des patients ou d'une catégorie de patients;

l) concernant la classification des patients et la durée de leur séjour et les taux et les frais exigés pour les patients;

m) prescrivant le calcul des taux et des frais par l'hôpital;

n) prescrivant les installations que les hôpitaux fournissent aux étudiants;

o) concernant les dossiers, les livres, les systèmes comptables, les vérifications, les rapports et les déclarations qui doivent être tenus, faits et gardés par les hôpitaux;

p) concernant les rapports et les déclarations que les hôpitaux doivent présenter à la Commission;

q) prescrivant les catégories de subventions par voie d'aide provinciale et la méthode pour en déterminer les montants et prévoyant les modalités de paiement,

payment and the suspension and withholding of grants and for the making of deductions from grants;

(r) respecting such other matters as the Lieutenant Governor in Council considers necessary or desirable for the more effective carrying out of this Act.

As will be evident from a reading of s. 16, the purpose of the regulations is to regulate the construction, management and operation of hospitals. They are not aimed at defining the rights of individuals as such. Section 48 of the regulations (which appears to have been enacted under s. 16(k)) does not so much authorize the performance of an operation as direct that none shall be performed in the absence of appropriate consents, except in cases of necessity. The enumerated consents and necessity are at law valid defences in certain circumstances to a suit for battery that might be brought as a result of an unauthorized operation. So, for the purposes of managing the workings of the hospital, the regulations require that these consents be signed. They do not purport to regulate the validity of the consents; this is otherwise governed by law. Indeed, I rather doubt that the Act empowers the making of regulations affecting the rights of the individual, particularly a basic right involving an individual's physical integrity. For in the absence of clear words, statutes are, of course, not to be read as depriving the individual of so basic a right. In a word, the intent of the regulations is to provide for the governance of hospitals, not human rights.

In summary, MacDonald J. appears to have been right in doubting that the trial judge had properly addressed the threshold question of whether Eve was incompetent. In truth, however, these questions of possible statutory power only amounted to a preliminary skirmish. Argument really centred on the question of whether a superior court, as successor to the powers of the English Court of Chancery could, in the exercise of its parental control as the repository of the Crown's jurisdiction as *parens patriae*, authorize the performance of the operation in question here. It is to that issue that I now turn.

la suspension et la retenue des subventions et les modalités des déductions sur ceux-ci;

r) concernant toute autre question que le lieutenant-gouverneur en conseil considère nécessaire ou souhaitable pour une meilleure application de la présente loi.

Comme il ressort clairement de l'art. 16, l'objet du règlement est de régir la construction, la gestion et l'exploitation des hôpitaux. Il n'a pas pour but de définir les droits des patients comme tels. L'article 48 du règlement (qui paraît avoir été adopté en vertu de l'al. 16k)) n'autorise pas tant une opération qu'il n'ordonne plutôt qu'aucune ne soit effectuée en l'absence des consentements appropriés, sauf en cas de nécessité. Les consentements et les autorisations nécessaires énumérés constituent en droit des moyens de défense valides dans certaines circonstances contre une poursuite pour voies de fait qui pourrait être intentée par suite d'une opération non autorisée. Ainsi, aux fins de la gestion de l'hôpital, le règlement exige que ces consentements soient signés. Il ne prétend pas réglementer la validité des consentements; cette question est régie d'une autre façon en droit. En fait, je doute plutôt que la Loi donne le pouvoir de prendre des règlements touchant aux droits de la personne, particulièrement un droit fondamental visant l'intégrité physique de la personne. En l'absence d'un texte clair, il va de soi que les lois ne doivent pas être interprétées comme privant qui que ce soit d'un droit aussi fondamental. Bref, le règlement a pour but de prévoir la gestion des hôpitaux et non les droits de la personne.

En résumé, le juge MacDonald paraît avoir eu raison de douter que le juge de première instance ait bien examiné la question préliminaire de savoir si Eve était incapable. Toutefois, à vrai dire, ces questions concernant l'existence possible de pouvoirs accordés par la loi reviennent seulement à une escarmouche préliminaire. Le vrai débat portait sur la question de savoir si une cour supérieure, à titre d'héritière des pouvoirs de la Cour de chancellerie anglaise, pouvait, dans l'exercice de son contrôle parental à titre de dépositaire de la compétence de la Couronne en tant que *parens patriae*, autoriser l'opération dont il est question en l'espèce. J'examine maintenant cette question.

*Parens Patriae* Jurisdiction—Its Genesis

There appears to have been some uncertainty in the courts below and in the arguments presented to us regarding the courts' wardship jurisdiction over children and the *parens patriae* jurisdiction generally. For that reason, it may be useful to give an account of the *parens patriae* jurisdiction and to examine its relationship with wardship.

The origin of the Crown's *parens patriae* jurisdiction over the mentally incompetent, Sir Henry Theobald tells us, is lost in the mists of antiquity; see H. Theobald, *The Law Relating to Lunacy* (1924). *De Prerogativa Regis*, an instrument regarded as a statute that dates from the thirteenth or early fourteenth century, recognized and restricted it, but did not create it. Theobald speculates that "the most probable theory [of its origin] is that either by general assent or by some statute, now lost, the care of persons of unsound mind was by Edw. I taken from the feudal lords, who would naturally take possession of the land of a tenant unable to perform his feudal duties"; see Theobald, *supra*, p. 1.

In the 1540's, the *parens patriae* jurisdiction was transferred from officials in the royal household to the Court of Wards and Liveries, where it remained until that court was wound up in 1660. Thereafter the Crown exercised its jurisdiction through the Lord Chancellor to whom by letters patent under the Sign Manual it granted the care and custody of the persons and the estates of persons of unsound mind so found by inquisition, i.e., an examination to determine soundness or unsoundness of mind.

Wardship of children had a quite separate origin as a property right arising out of the feudal system of tenures. The original purpose of the wardship jurisdiction was to protect the rights of the guardian rather than of the ward. Until 1660 this jurisdiction was also administered by the Court of Wards and Liveries which had been created for the purpose.

Genèse de la compétence *parens patriae*

Il paraît y avoir eu une certaine incertitude devant les tribunaux d'instance inférieure et dans les arguments qui nous ont été présentés concernant la compétence tutélaire des tribunaux à l'égard des enfants et la compétence *parens patriae* de manière générale. Ainsi, il peut être utile d'expliquer la compétence *parens patriae* et d'examiner son rapport avec la tutelle.

Sir Henry Theobald nous dit que l'origine de la compétence *parens patriae* de la Couronne à l'égard de la personne atteinte de déficience mentale se perd dans la nuit des temps; voir H. Theobald, *The Law Relating to Lunacy* (1924). *De Prerogativa Regis*, un texte considéré comme une loi qui date du XIII<sup>e</sup> siècle ou du début du XIV<sup>e</sup> siècle, reconnaît cette compétence et la restreint mais ne l'a pas créée. Sir Theobald se demande si [TRADUCTION] «la théorie la plus plausible [de son origine] est que, soit avec le consentement général soit en vertu d'une loi maintenant perdue, le soin des personnes qui ne sont pas saines d'esprit a été retiré par Edw. I aux seigneurs féodaux, qui naturellement prenaient possession de la terre d'un tenancier incapable de respecter ses devoirs féodaux»; voir Theobald, précité, p. 1.

Dans les années 1540, la compétence *parens patriae* a été transférée des officiers de la maison royale à la Court of Wards and Liveries, où elle est demeurée jusqu'à ce que la cour soit abolie en 1660. Par la suite, la Couronne a exercé sa compétence par l'intermédiaire du lord chancelier à qui, par lettres patentes signées par le souverain, elle accordait le soin et la garde des personnes qui n'étaient pas saines d'esprit et de leurs biens après une inquisition, c'est-à-dire une enquête pour déterminer si une personne est saine d'esprit ou non.

La tutelle des enfants a une origine tout à fait distincte en tant que droit de propriété qui découle du régime féodal de tenures. À l'origine, l'objet de la compétence tutélaire était de protéger les droits du tuteur plutôt que ceux du pupille. Jusqu'en 1660 cette compétence a également été administrée par la Court of Wards and Liveries qui avait été créée à cette fin.

When tenures and the Court of Wards were abolished, the concept of wardship should, in theory, have disappeared. It was kept alive, however, by the Court of Chancery, which justified it as an aspect of its *parens patriae* jurisdiction; see, for example, *Cary v. Bertie* (1696), 2 Vern. 333, at p. 342, 23 E.R. 814, at p. 818; *Morgan v. Dillon* (Ire.) (1724), 9 Mod. R. 135, at p. 139, 88 E.R. 361, at p. 364. In time wardship became substantively and procedurally assimilated to the *parens patriae* jurisdiction, lost its connection with property, and became purely protective in nature. Wardship thus is merely a device by means of which Chancery exercises its *parens patriae* jurisdiction over children. Today the care of children constitutes the bulk of the courts' work involving the exercise of the *parens patriae* jurisdiction.

It follows from what I have said that the wardship cases constitute a solid guide to the exercise of the *parens patriae* power even in the case of adults. There is no need, then, to resort to statutes like the *Mental Health Act* to permit a court to exercise the jurisdiction in respect of adults. But proof of incompetence must, of course, be made.

This marks a difference between wardship and *parens patriae* jurisdiction over adults. In the case of children, Chancery has a custodial jurisdiction as well, and thus has inherent jurisdiction to make them its wards; this is not so of adult mentally incompetent persons (see *Beall v. Smith* (1873), L.R. 9 Ch. 85, at p. 92). Since, however, the Chancellor had been vested by letters patent under the Sign Manual with power to exercise the Crown's *parens patriae* jurisdiction for the protection of persons so found by inquisition, this difference between the two procedures has no importance for present purposes.

By the early part of the nineteenth century, the work arising out of the Lord Chancellor's jurisdiction became more than one judge could handle and the Chancery Court was reorganized and the work assigned to several justices including the Master of the Rolls. In 1852 (by 15 & 16 Vict., c. 87, s. 15 (U.K.)) the jurisdiction of the Chancellor regard-

Lorsque les tenures et la Court of Wards ont été abolies, le concept de tutelle aurait dû, en théorie, disparaître. Toutefois, il a été conservé par la Cour de chancellerie qui l'a justifié comme un aspect de sa compétence *parens patriae*; voir, par exemple, *Cary v. Bertie* (1696), 2 Vern. 333, à la p. 342, 23 E.R. 814, à la p. 818; *Morgan v. Dillon* (Ire.) (1724), 9 Mod. R. 135, à la p. 139, 88 E.R. 361, à la p. 364. Avec le temps, la tutelle a été, quant au fond et quant à la procédure, assimilée à la compétence *parens patriae*; elle a perdu son rapport avec la propriété et est devenu de nature purement protectrice. La tutelle est donc simplement un dispositif au moyen duquel la Chancellerie exerce sa compétence *parens patriae* à l'égard des enfants. Aujourd'hui, le soin des enfants constitue le gros du travail des tribunaux requierant l'exercice de la compétence *parens patriae*.

Il découle de ce que je viens de dire que la jurisprudence en matière de tutelle constitue un guide solide pour l'exercice du pouvoir *parens patriae* même dans le cas des adultes. Il n'est donc pas nécessaire de recourir à des lois comme la *Mental Health Act* pour autoriser un tribunal à exercer cette compétence à l'égard des adultes. Évidemment, il faut faire la preuve de l'incapacité.

Cela constitue une différence entre la tutelle et la compétence *parens patriae* à l'égard des adultes. Dans le cas des enfants, la Chancellerie a également une compétence en matière de tutelle et a donc une compétence inhérente pour en faire ses pupilles; ce n'est pas le cas des adultes atteints de déficience mentale (voir *Beall v. Smith* (1873), L.R. 9 Ch. 85, à la p. 92). Toutefois, étant donné que le chancelier avait obtenu par lettres patentes signées par le souverain le pouvoir d'exercer la compétence *parens patriae* de la Couronne pour protéger les personnes ainsi désignées après une enquête, cette différence entre les deux procédures n'a pas d'importance en l'espèce.

Au début du XIX<sup>e</sup> siècle, la charge de travail du lord chancelier a dépassé la capacité d'un seul juge et la Cour de chancellerie a été réorganisée et le travail confié à plusieurs juges dont le maître des rôles. En 1852 (par 15 & 16 Vict., chap. 87, art. 15 (R.-U.)) la compétence du chancelier en ce qui a trait à [TRADUCTION] «la garde des personnes et

ing the "Custody of the Persons and Estates of Persons found idiot, lunatic or of unsound Mind" was authorized to be exercised by anyone for the time being entrusted by virtue of the Sign Manual.

The current jurisdiction of the Supreme Court of Prince Edward Island regarding mental incompetents is derived from the *Chancery Act* which amalgamated a series of statutes dealing with the Court of Chancery, beginning with that of 1848 (11 Vict., c. 6 (P.E.I.)) Section 3 of *The Chancery Act*, R.S.P.E.I. 1951, c. 21, substantially reproduced the law as it had existed for many years. It vested in the Court of Chancery the following powers regarding the mentally incompetent:

... and in the case of idiots, mentally incompetent persons or persons of unsound mind, and their property and estate, the jurisdiction of the Court shall include that which in England was conferred upon the Lord Chancellor by a Commission from the Crown under the Sign Manual, except so far as the same are altered or enlarged as aforesaid.

By virtue of the *Chancery Jurisdiction Transfer Act*, S.P.E.I. 1974, c. 65, s. 2, the jurisdiction of the Chancery Court was transferred to the Supreme Court of Prince Edward Island. It will be obvious from these provisions that the Supreme Court of Prince Edward Island has the same *parens patriae* jurisdiction as was vested in the Lord Chancellor in England and exercised by the Court of Chancery there.

#### Anglo-Canadian Development

Since historically the law respecting the mentally incompetent has been almost exclusively focused on their estates, the law on guardianship of their persons is "pitifully unclear with respect to some basic issues"; see P. McLaughlin, *Guardianship of the Person* (Downsview 1979), p. 35. Despite this vagueness, however, it seems clear that the *parens patriae* jurisdiction was never limited solely to the management and care of the estate of a mentally retarded or defective person. As early as 1603, Sir Edward Coke in *Beverley's Case*, 4 Co. Rep. 123 b, at pp. 126 a, 126 b, 76 E.R. 1118, at p. 1124, stated that "in the case of an idiot or fool natural,

des biens des personnes déclarées idiotes, aliénées ou qui ne sont pas saines d'esprit» pouvait être exercée par quiconque en était chargée de par la signature du souverain.

<sup>a</sup> Le pouvoir actuel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard concernant les déficients mentaux découle de la *Chancery Act* qui a réuni une série de lois traitant de la Cour de chancellerie, en commençant par celle de 1848 (11 Vict., chap. 6 (Î.-P.-É.)) L'article 3 de *The Chancery Act*, R.S.P.E.I. 1951, chap. 21, reproduit essentiellement le droit tel qu'il existait depuis de nombreuses années. Il accorde à la Cour de chancellerie les pouvoirs suivants concernant les déficients mentaux:

[TRADUCTION] ... et dans le cas des idiots, des déficients mentaux ou des personnes qui ne sont pas saines d'esprit, et de leurs biens et propriétés, le pouvoir de la cour comprend celui qui en Angleterre était conféré au lord chancelier par une délégation de pouvoir de la Couronne de par la signature du Souverain, sauf dans la mesure où ce pouvoir est modifié ou élargi comme il a été mentionné précédemment.

<sup>e</sup> En vertu de la *Chancery Jurisdiction Transfer Act*, S.P.E.I. 1974, chap. 65, art. 2, la compétence de la Cour de chancellerie a été transférée à la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard. Il ressort clairement de ces dispositions que la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard a la même compétence *parens patriae* que celle dont disposait le lord chancelier en Angleterre et qui y était exercée par la Cour de chancellerie.

#### Évolution de la jurisprudence et de la doctrine anglo-canadienne

<sup>h</sup> Étant donné que, historiquement, le droit concernant les déficients mentaux a porté presque exclusivement sur leurs biens, le droit relatif à la tutelle de leur personne est [TRADUCTION] «lamentablement vague en ce qui a trait aux questions fondamentales»; voir P. McLaughlin, *Guardianship of the Person* (Downsview 1979), p. 35. Toutefois, malgré cette imprécision, il semble évident que la compétence *parens patriae* n'a jamais été limitée exclusivement à la gestion et à la garde des biens d'une personne arriérée ou déficiente. Dès 1603, sir Edward Coke dans *Beverley's Case*, 4 Co. Rep. 123 b, aux pp. 126 a, 126 b, 76 E.R.

for whom there is no expectation, but that he, during his life, will remain without discretion and use of reason, the law has given the custody of him, and all that he has, to the King” (emphasis added). Later at the bottom of the page he adds:

2. Although the stat. says, *custodiam terrarum*, yet the King shall have as well the custody of the body, and of their goods and chattels, as of the lands and other hereditaments, and as well those which he has by purchase, as those which he has as heirs by the common law.

At 4 Co. Rep. p. 126 b, 76 E.R. 1125, he cites Fitzherbert’s *Natura brevium* to the same effect. Theobald (*supra*, pp. 7-8, 362) appears to be quite right when he tells us that the Crown’s prerogative “has never been limited by definition”. The Crown has an inherent jurisdiction to do what is for the benefit of the incompetent. Its limits (or scope) have not, and cannot, be defined.

The famous custody battle waged by one Wellesley in the early nineteenth century sheds some light on the exercise of the king’s *parens patriae* jurisdiction by the Lord Chancellor. Wellesley (considered an extremely dissolute and objectionable father due to his philandering ways and vulgar language, in spite of his “high” birth), waged a lengthy court battle to gain custody of his children following the death of his estranged wife who had entrusted the care of the children to members of her family. In *Wellesley v. Duke of Beaufort* (1827), 2 Russ. 1, 38 E.R. 236, Lord Eldon, then Lord Chancellor, in discussing the jurisdiction of the Court of Chancery, touched upon the King’s *parens patriae* power at 2 Russ. 20, 38 E.R. 243. He there made it clear that “it belongs to the King as *parens patriae*, having the care of those who are not able to take care of themselves, and is founded on the obvious necessity that the law should place somewhere the care of individuals who cannot take care of themselves, particularly in cases where it is clear that some care should be thrown round them”. He then underlined that the jurisdiction has been exercised for the maintenance of children solely when there was property, not because of any rule of law, but

1118, à la p. 1124 a déclaré que [TRADUCTION] «dans le cas d’un idiot, ou d’un aliéné, à l’égard duquel il n’y a plus d’espoir, mais qui, durant sa vie, demeurera sans discernement et sans usage de raison, le droit a confié au Roi la garde de sa personne et de tout ce qu’il possède» (c’est moi qui souligne). Plus loin au bas de la page il ajoute:

[TRADUCTION] 2. Bien que la loi précise *custodiam terrarum*, le Roi a également la garde de la personne, des biens meubles ainsi que des terrains et autres immeubles, ainsi que de ceux qu’il a acquis par achat et de ceux qu’il a obtenus à titre d’héritier en vertu de la *common law*.

À 4 Co. Rep. p. 126 b, 76 E.R. 1125, il cite *Natura brevium* de Fitzherbert qui va dans le même sens. Theobald (précité, aux pp. 7 et 8, 362) paraît avoir tout à fait raison lorsqu’il nous dit que la prérogative de la Couronne [TRADUCTION] «n’a jamais été limitée par définition». La Couronne a une compétence inhérente pour agir à l’avantage de l’incapable. Ses limites (ou sa portée) n’ont pas été définies et ne peuvent l’être.

Le célèbre litige en matière de garde engagé par un nommé Wellesley au début du XIX<sup>e</sup> siècle a jeté de la lumière sur l’exercice de la compétence *parens patriae* du Roi par le lord chancelier. Wellesley (considéré comme un père extrêmement dissolu et condamnable à cause de sa débauche et de son langage vulgaire, malgré son «haut» lignage), a engagé une longue bataille judiciaire pour obtenir la garde de ses enfants après le décès de son épouse dont il était séparé et qui avait confié la garde des enfants à des membres de sa famille. Dans *Wellesley v. Duke of Beaufort* (1827), 2 Russ. 1, 38 E.R. 236, lord Eldon, alors lord chancelier, dans son analyse de la compétence de la Cour de chancellerie, a touché à la compétence *parens patriae* du Roi à 2 Russ. 20 et 38 E.R. 243. Dans cette affaire, il a établi clairement que [TRADUCTION] «il appartient au Roi, à titre de *parens patriae*, de prendre soin de ceux qui ne sont pas en mesure de le faire eux-mêmes, et ceci est fondé sur la nécessité évidente que le droit attribue à quelqu’un le soin des personnes qui ne peuvent le faire elles-mêmes, particulièrement dans les cas où il est évident qu’elles doivent bénéficier de certains soins». Il a ensuite souligné que la compétence avait été exercée uniquement pour l’entretien des

for the practical reason that the court obviously had no means of acting unless there was property available.

The discussion on appeal to the House of Lords (*Wellesley v. Wellesley* (1828), 2 Bli. N.S. 124, 4 E.R. 1078) is also instructive. Far from limiting the jurisdiction to children, Lord Redesdale there adverted to the fact that the court's jurisdiction over children had been adopted from its jurisdiction over mental incompetents. He noted that "Lord Somers resembled the jurisdiction over infants, to the care which the Court takes with respect to lunatics, and supposed that the jurisdiction devolved on the Crown, in the same way"; 2 Bli. N.S. at p. 131, 4 E.R. at p. 1081. The jurisdiction, he said, extended "as far as is necessary for protection and education"; 2 Bli. at p. 136, 4 E.R. at p. 1083. It continues to this day, and even where there is legislation in the area, the courts will continue to use the *parens patriae* jurisdiction to deal with uncomtemplated situations where it appears necessary to do so for the protection of those who fall within its ambit; see *Beson v. Director of Child Welfare (Nfld.)*, [1982] 2 S.C.R. 716.

It was argued before us, however, that there was no precedent where the Lord Chancellor had exercised the *parens patriae* jurisdiction to order medical procedures of any kind. As to this, I would say that lack of precedent in earlier times is scarcely surprising having regard to the state of medical science at the time. Nonetheless, it seems clear from *Wellesley v. Wellesley*, *supra*, that the situations in which the courts can act where it is necessary to do so for the protection of mental incompetents and children have never been, and indeed cannot, be defined. I have already referred to the remarks of Lord Redesdale. To these may be added those of Lord Manners who, at Bli. pp. 142-43 and 1085, respectively, expressed the view that "It is . . . impossible to say what are the limits of that jurisdiction; every case must depend upon its own circumstances".

enfants lorsqu'il y avait des biens, non en raison d'une règle de droit, mais pour la raison pratique que, de toute évidence, le tribunal n'avait pas les moyens d'agir s'il n'y avait pas de biens.

<sup>a</sup> Les débats en appel devant la Chambre des lords sont également instructifs (*Wellesley v. Wellesley* (1828), 2 Bli. N.S. 124, 4 E.R. 1078). Loin de limiter la compétence à l'égard des enfants, lord <sup>b</sup> Redesdale mentionna le fait que cette compétence de la cour avait été adoptée à partir de sa compétence à l'égard des déficients mentaux. Il fit remarquer que [TRADUCTION] «Lord Somers a comparé la compétence à l'égard des jeunes <sup>c</sup> enfants au soin que la Cour prend en ce qui a trait aux aliénés, et a supposé que la compétence revenait à la Couronne de la même manière», 2 Bli. N.S. à la p. 131, 4 E.R. à la p. 1081. Il ajoute que <sup>d</sup> la compétence s'étend [TRADUCTION] «aussi loin que ce qui est nécessaire pour assurer la protection et l'éducation», 2 Bli. à la p. 136, 4 E.R. à la p. 1083. Elle s'applique encore aujourd'hui et même lorsqu'il existe un texte législatif dans le domaine, <sup>e</sup> les tribunaux continueront à utiliser la compétence *parens patriae* pour traiter des situations non visées lorsqu'il paraît nécessaire de le faire pour protéger ceux qui relèvent de sa portée; voir *Beson c. Director of Child Welfare (T.-N.)*, [1982] 2 <sup>f</sup> R.C.S. 716.

Toutefois, on a soutenu devant nous, qu'il n'y avait aucun précédent où le lord chancelier avait <sup>g</sup> exercé la compétence *parens patriae* pour ordonner quelques genres de soins médicaux que ce soit. En ce qui concerne cet argument, il convient de dire que l'absence de jurisprudence n'est pas surprenante compte tenu de l'état de la médecine à ce moment-là. Néanmoins, il ressort clairement de <sup>h</sup> l'arrêt *Wellesley v. Wellesley*, précité, que les situations dans lesquelles les tribunaux peuvent agir lorsqu'il est nécessaire de le faire pour protéger les personnes atteintes de déficience mentale et les <sup>i</sup> enfants n'ont jamais été définies et en fait ne peuvent l'être. J'ai déjà mentionné les remarques de lord Redesdale. On peut y ajouter celle de lord Manners qui, à Bli. aux pp. 142, 143 et E.R. 1085, <sup>j</sup> a exprimé l'opinion que [TRADUCTION] «Il est . . . impossible de dire quelles sont les limites de cette compétence; chaque cas est un cas d'espèce».

Reference may also be made to *Re X (a minor)*, [1975] 1 All E.R. 697, for a more contemporary description of the *parens patriae* jurisdiction. In that case, the plaintiff applied to Latey J. for an order making a fourteen year old girl who was psychologically fragile and high strung a ward of the court and for an injunction prohibiting the publication of a book revealing her father's private life which, it was felt, would be grossly damaging psychologically to her if she should read it. Latey J. issued the wardship order and the injunction requested. In speaking of his jurisdiction in the matter, he had this to say, at p. 699:

On the first of the two questions already stated, it is argued for the defendants, first, that because the wardship jurisdiction has never been involved in any case remotely resembling this, the court, though theoretically having jurisdiction, should not entertain the application, but bar it in limine. I do not accept that contention. It is true that this jurisdiction has not been invoked in any such circumstances. I do not know whether they have arisen before or, if they have, whether anyone has thought of having recourse to this jurisdiction. But I can find nothing in the authorities to which I have been referred by counsel or in my own researches to suggest that there is any limitation in the theoretical scope of this jurisdiction; or, to put it another way, that the jurisdiction can only be invoked in the categories of cases in which it has hitherto been invoked, such as custody, care and control, protection of property, health problems, religious upbringing, and protection against harmful associations. That list is not exhaustive. On the contrary, the powers of the court in this particular jurisdiction have always been described as being of the widest nature. That the courts are available to protect children from injury whenever they properly can is no modern development.

(Emphasis added.)

Latey J. then cited a passage from *Chambers of Infancy* (1842), p. 20 that indicates that protection may be accorded against prospective as well as present harm. The passage states in part:

And the Court will interfere not merely on the ground of an injury actually done, or attempted against the

On peut également mentionner l'arrêt *Re X (a minor)*, [1975] 1 All E.R. 697, pour une description plus contemporaine de la compétence *parens patriae*. Dans cette affaire, le requérant a demandé au juge Latey de rendre une ordonnance prévoyant qu'une jeune fille de quatorze ans qui était fragile psychologiquement et très nerveuse soit placée sous tutelle judiciaire et de rendre une injonction interdisant la publication d'un livre révélant la vie privée de son père qui, croyait-on, lui serait extrêmement dommageable psychologiquement si elle venait à le lire. Le juge Latey a rendu l'ordonnance de tutelle et l'injonction demandées. Parlant de sa compétence dans cette affaire, voici ce qu'il dit à la p. 699:

[TRADUCTION] À l'égard de la première des deux questions déjà énoncées, les défendeurs soutiennent d'abord que, parce que la compétence en matière de tutelle n'a jamais été mise en cause dans une affaire qui ressemble de loin à l'espèce, la cour, bien qu'étant théoriquement compétente, ne devrait pas entendre la demande mais la refuser dès le départ. Je n'accepte pas cet argument. Il est vrai que cette compétence n'a pas été invoquée dans de telles circonstances. Je ne sais pas si elles se sont déjà présentées ou, si cela a été le cas, si on n'a pas pensé à avoir recours à cette compétence. Toutefois, je ne trouve rien dans la jurisprudence que m'a mentionnée l'avocat ou dans le fruit de mes propres recherches qui laisse entendre qu'il existe une limite à la portée théorique de cette compétence; ou, pour le dire autrement, que la compétence ne peut être invoquée que dans les catégories d'affaires dans lesquelles elle a été invoquée jusqu'ici, comme la garde, le contrôle, la protection des biens, les problèmes de santé, l'éducation religieuse et la protection contre les relations dangereuses. Cette liste n'est pas exhaustive. Au contraire, les pouvoirs de la cour à l'égard de cette compétence particulière ont toujours été décrits comme étant de la nature la plus large. Le fait que les tribunaux puissent protéger les enfants contre des préjudices chaque fois qu'ils le peuvent n'est pas une évolution moderne.

(C'est moi qui souligne.)

Le juge Latey a alors cité un passage de *Chambers on Infancy* (1842), p. 20 qui indique que la protection peut être accordée contre un préjudice à venir aussi bien que présent. Voici un extrait de ce passage:

[TRADUCTION] Et la Cour n'interviendra pas seulement dans le cas d'un préjudice effectivement causé à la

infant's person or property; but also if there be any likelihood of such an occurrence, or even an apprehension or suspicion of it.

The Court of Appeal disagreed with Latey J.'s exercise of discretion, essentially because he had failed to consider the public interest in the publication of the book, and accordingly reversed his order. The court, however, did not quarrel with his statement of the law. Thus Lord Denning, M.R., at p. 703 had this to say:

No limit has ever been set to the jurisdiction. It has been said to extend as far as necessary for protection and education: see *Wellesley v Wellesley* by Lord Redesdale. The court has power to protect the ward from any interference with his or her welfare, direct or indirect.

Roskill L.J., also reinforced the broad ambit of the jurisdiction. He said, at p. 705:

I would agree with counsel for the plaintiff that no limits to that jurisdiction have yet been drawn and it is not necessary to consider here what (if any) limits there are to that jurisdiction. The sole question is whether it should be exercised in this case. I would also agree with him that the mere fact that the courts have never stretched out their arms so far as is proposed in this case is in itself no reason for not stretching out those arms further than before when necessary in a suitable case.

Sir John Pennycuick at p. 706 agreed:

... the courts, when exercising the parental power of the Crown, have, at any rate in legal theory, an unrestricted jurisdiction to do whatever is considered necessary for the welfare of a ward. It is, however, obvious that far-reaching limitations in principle on the exercise of this jurisdiction must exist. The jurisdiction is habitually exercised within those limitations.

At page 707 he added:

Latey J's statement of the law is I think correct, but he does not lay sufficient emphasis on the limitations with which the courts should exercise this jurisdiction.

I will be observed from the remarks of Sir John Pennycuick, as well as the words emphasized in

personne ou aux biens du mineur ou en cas de tentative; mais également s'il y a une probabilité qu'une telle chose se produise ou même une crainte ou des soupçons qu'elle se produise.

<sup>a</sup> La Cour d'appel n'a pas approuvé l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge Latey, essentiellement parce qu'il n'a pas tenu compte de l'intérêt public dans la publication du livre et a par conséquent infirmé son ordonnance. Toutefois, la cour n'a pas contesté son énoncé du droit. Ainsi, le maître des rôles, lord Denning, a dit à la p. 703:

<sup>b</sup> [TRADUCTION] Aucune limite n'a jamais été établie à l'égard de la compétence. On a dit qu'elle s'étendait «aussi loin que ce qui est nécessaire pour assurer la protection et l'éducation»: voir *Wellesley v. Wellesley*, lord Redesdale. La cour a le pouvoir de protéger le pupille contre toute ingérence à l'égard de son bien-être direct ou indirect.

<sup>c</sup> Le lord juge Roskill a également renforcé la grande portée de la compétence. Il a dit, à la p. 705:

<sup>d</sup> [TRADUCTION] Je conviens avec l'avocat du demandeur qu'aucune limite à cette compétence n'a encore été établie et qu'il n'est pas nécessaire d'examiner en l'espèce quelle limite (s'il y a lieu) s'y applique. La seule question est de savoir si elle devrait être exercée en l'espèce. Je conviens également avec lui que le simple fait que les tribunaux n'aient jamais étendu leurs bras aussi loin qu'on le propose en l'espèce ne constitue pas en soi un motif pour ne pas les étendre plus loin qu'au-paravant lorsque c'est nécessaire dans un cas approprié.

<sup>e</sup> Sir John Pennycuick a souscrit à cette opinion à la p. 706:

<sup>f</sup> [TRADUCTION] ... les tribunaux, lorsqu'ils exercent le pouvoir parental de la Couronne, ont, de toute façon selon la théorie juridique, une compétence illimitée pour faire ce qu'ils considèrent nécessaire pour le bien-être d'un pupille. Toutefois, il est évident qu'il doit exister des limites de grande portée en principe à l'exercice de cette compétence. La compétence est habituellement exercée dans le cadre de ces limites.

<sup>g</sup> À la page 707 il ajoute:

<sup>h</sup> [TRADUCTION] À mon avis, l'exposé du droit du juge Latey est correct, mais il n'accorde pas suffisamment d'importance aux limites à l'intérieur desquelles les tribunaux devraient exercer cette compétence.

<sup>i</sup> On remarquera d'après les remarques de sir John Pennycuick ainsi que les termes soulignés

Latey J.'s judgment, that the theoretically unlimited nature of the jurisdiction, to which I have also previously referred, has to do with its scope. It must, of course, be used in accordance with its informing principles, a matter about which I shall have more to say.

In recent years, the English courts have extended the jurisdiction to cases involving medical procedures. In *Re S. v. McC(orse. S.) and M; W v. W.*, [1972] A.C. 24, the House of Lords, relying in part on its protective jurisdiction over infants, approved of a blood test being taken of a husband and his wife and a child with a view to determining the paternity of the child.

The court's jurisdiction to sanction the non-therapeutic sterilization of a mentally handicapped person arose before Heilbron J. of the Family Division of the English High Court of Justice in *Re D (a minor)*, [1976] 1 All E.R. 326, a case that bears a considerable resemblance to the present. D, a girl, was born with a condition known as Sotos Syndrome, the symptoms of which include accelerated growth during infancy, epilepsy, clumsiness, and unusual facial appearance, behavioural problems including aggressiveness, and some impairment of mental functions that could result in dull intelligence or more serious mental retardation. D displayed these various symptoms, although she was not as seriously retarded as some children similarly afflicted. She possessed a dull normal intelligence. She was sent to an appropriate school but did not do well partly because of behavioural problems. When she was ten, however, she was sent to a school specializing in children with learning difficulties and associated behavioural problems. She then showed marked improvement in her academic skills, social competence and behaviour.

D lived with her widowed mother, Mrs. B., who was fifty-one, and two sisters. The family lived in extraordinarily difficult circumstances in a grossly

dans le jugement du juge Latey que la nature théoriquement illimitée de la compétence, dont j'ai également fait mention précédemment, a à voir avec sa portée. Elle doit bien sûr être employée conformément à ses principes sous-jacents, une question sur laquelle je reviendrai.

Ces dernières années, les tribunaux anglais ont étendu la compétence à des cas portant sur des traitements médicaux. Dans l'arrêt *Re S. v. McC(orse. S.) and M; W v. W.*, [1972] A.C. 24, la Chambre des lords, se fondant en partie sur sa compétence en matière de protection à l'égard des mineurs, a autorisé le prélèvement d'un échantillon de sang d'un mari, de son épouse et d'un enfant afin d'en déterminer la paternité.

La compétence de la cour d'autoriser la stérilisation non thérapeutique d'une personne atteinte de déficience mentale a été soulevée devant le juge Heilbron de la Division de la famille de la Haute Cour de Justice d'Angleterre dans l'affaire *Re D (a minor)*, [1976] 1 All E.R. 326, une affaire qui ressemble considérablement à l'espèce. D, une fille, est née avec une maladie connue sous le nom de syndrome de Sotos dont les symptômes comprennent une croissance accélérée au cours de l'enfance, l'épilepsie, la maladresse, une apparence faciale inhabituelle, des problèmes de comportement y compris de l'agressivité, et une certaine diminution des facultés mentales qui pourrait entraîner une faible intelligence ou une déficience mentale plus grave. Ces divers symptômes se manifestaient chez D, bien qu'elle ne fût pas aussi gravement atteinte de déficience mentale que certains enfants affligés de la même maladie. Elle avait une intelligence à peu près normale. Elle avait été envoyée dans une école appropriée mais n'avait pas bien réussi en partie à cause de ses problèmes de comportement. Toutefois, à l'âge de dix ans, elle a été placée dans une école spécialisée pour les enfants avec des difficultés d'apprentissage et des problèmes de comportement connexes. Ses résultats scolaires se sont beaucoup améliorés ainsi que ses relations sociales et son comportement.

D demeurait avec ses deux sœurs chez sa mère, M<sup>me</sup> B., une veuve de cinquante et un ans. La famille vivait dans des conditions extraordinairement

overcrowded house with no inside toilet. The mother was described as a very hard-working woman who kept the house spotless and impressed everyone with her sincerity and common sense.

It was common ground that D had sufficient intelligence to marry in due course. Her mother, however, was convinced that she would always remain substantially handicapped and unable to maintain herself or care for any children she might have. Accordingly, when D was a child, her parents had decided that she should be sterilized, and when she reached puberty at ten, Mrs. B.'s concern increased; she worried that D might be seduced and give birth to an abnormal child. She consulted a doctor, who took the view that there was a real risk that she might indeed give birth to an abnormal child. He agreed that D should be sterilized and arrangements were made for the purpose. When other doctors questioned the purposes of the operation, however, a wardship application was made to the court with a view to preventing it from being carried out.

Heilbron J. refused to sanction the operation. After reviewing the nature of the wardship jurisdiction arising out of the sovereign's obligation as *parens patriae*, she observed, at p. 332:

It is apparent from the recent decision of the Court of Appeal in *Re X (a minor)* that the jurisdiction to do what is considered necessary for the protection of an infant is to be exercised carefully and within limits, but the court has, from time to time over the years, extended the sphere in the exercise of this jurisdiction.

The type of operation proposed is one which involves the deprivation of a basic human right, namely the right of a woman to reproduce, and therefore it would, if performed on a woman for non-therapeutic reasons and without her consent, be a violation of such right. Both Dr. Gordon and Miss Duncan seem to have had in mind the possibility of seeking the child's views and her consent, for they asked that this handicapped child of 11 should be consulted in the matter. One would have thought that they must have known that any answer she

ment difficiles dans une maison extrêmement surpeuplée sans toilette intérieure. La mère était décrite comme une personne très travailleuse qui gardait sa maison immaculée et qui impressionnait a tout le monde par sa sincérité et son bon sens.

Il allait de soi que D était suffisamment intelligente pour se marier en temps opportun. Toutefois, sa mère était convaincue qu'elle demeurerait toujours gravement handicapée et serait incapable de prendre soin d'elle-même ou de s'occuper de tout enfant qu'elle pourrait avoir. Par conséquent, lorsque D était un enfant, ses parents ont décidé qu'elle devrait être stérilisée et quand elle a atteint l'âge de la puberté vers dix ans, les préoccupations de M<sup>ME</sup> B. ont augmenté; elle s'inquiétait du fait que D pourrait être séduite et donner naissance à un enfant anormal. Elle a consulté un médecin qui était d'avis qu'il y avait un risque réel qu'elle puisse en fait donner naissance à un enfant anormal. Il a convenu que D devrait être stérilisée et des dispositions ont été prises à cet effet. Toutefois, lorsque d'autres médecins ont remis en question les fins de l'opération, une demande de tutelle a été présentée à la cour afin d'empêcher qu'elle soit effectuée.

Le juge Heilbron a refusé d'autoriser l'opération. Après avoir examiné la nature de la compétence en matière de tutelle qui découle de l'obligation du souverain à titre de *parens patriae*, elle a fait remarquer à la p. 332:

[TRADUCTION] Il ressort clairement de la récente décision de la Cour d'appel dans *Re X (a minor)* que la compétence pour faire ce qui est considéré comme nécessaire pour la protection d'un mineur doit être exercée soigneusement et à l'intérieur de certaines limites, mais la cour, au cours des années, a étendu la sphère d'exercice de cette compétence.

Le genre d'intervention projetée emporte la privation d'un droit humain fondamental, c'est-à-dire le droit d'une femme de procréer, et par conséquent cette intervention constituerait, si elle était pratiquée sur une femme pour des raisons non thérapeutiques et sans son consentement, une violation de ce droit. Le D<sup>r</sup> Gordon et M<sup>ME</sup> Duncan semblent avoir considéré la possibilité de demander l'opinion de l'enfant et son consentement, car ils ont demandé que cette enfant handicapée âgée de 11 ans soit consultée au sujet de cette question. On aurait

might have given, or any purported consent, would have been valueless.

(Emphasis added.)

At page 333, she added:

This operation could, if necessary, be delayed or prevented if the child were to remain a ward of court, and as Lord Eldon LC, so vividly expressed it in *Wellesley's* case: "It has always been the principle of this Court, not to risk the incurring of damage to children which it cannot repair, but rather to prevent the damage being done."

I think that is the very type of case where this court should 'throw some care around this child', and I propose to continue her wardship which, in my judgment, is appropriate in this case.

(Emphasis added.)

Later, at pp. 334-35, she expressed agreement with the consulting doctors' opinion that sterilization for therapeutic purposes was not entirely within a doctor's clinical judgment:

Their opinion was that a decision to sterilise a child was not entirely within a doctor's clinical judgment, save only when sterilisation was the treatment of choice for some disease, as, for instance, when in order to treat a child and to ensure her direct physical well-being, it might be necessary to perform a hysterectomy to remove a malignant uterus. Whilst the side effect of such an operation would be to sterilise, the operation would be performed solely for therapeutic purposes. I entirely accept their opinions. I cannot believe, and the evidence does not warrant the view, that a decision to carry out an operation of this nature performed for nontherapeutic purposes on a minor, can be held to be within the doctor's sole clinical judgment.

(Emphasis added.)

Since that time, there have been several cases where the English courts have given permission to perform medical operations under the *parens patriae* jurisdiction. In *In re P (a Minor)* (1981), 80 L.G.R. 301, local authorities invoked the court's wardship jurisdiction to permit an abortion on a fifteen year old girl who had previously given birth and was caring for the first child in facilities

pu penser qu'ils auraient su que toute réponse qu'elle aurait pu donner ou tout prétendu consentement, aurait été sans valeur.

(C'est moi qui souligne.)

<sup>a</sup> À la page 333, elle ajoute:

[TRADUCTION] Cette intervention pourrait, si nécessaire, être retardée ou empêchée, si l'enfant devait demeurer sous tutelle judiciaire et comme le lord chancelier Eldon l'a dit de façon si précise dans l'arrêt *Wellesley*: «Cette Cour a toujours eu pour principe de ne pas risquer de causer un préjudice irréparable aux enfants mais plutôt d'empêcher que le préjudice soit causé.»

<sup>c</sup> Je crois qu'il s'agit du même type d'affaire où la Cour devrait «fournir des soins à cette enfant» et je propose de maintenir la tutelle de cette enfant, qui, à mon avis, est appropriée en l'espèce.

<sup>d</sup> (C'est moi qui souligne.)

Plus loin, aux pp. 334 et 335, elle a souscrit à l'opinion des médecins consultants selon laquelle la stérilisation à des fins thérapeutiques ne relevait pas entièrement du jugement clinique d'un médecin:

[TRADUCTION] Selon leur opinion, la décision de stériliser un enfant ne relevait pas seulement du jugement clinique du médecin, sauf lorsque la stérilisation constituait le traitement de choix pour une certaine maladie, par exemple, pour traiter un enfant et assurer directement son bien-être physique il peut être nécessaire de pratiquer une hystérectomie pour enlever un utérus malin. Bien que le fait secondaire d'une telle intervention soit la stérilisation, l'intervention serait pratiquée uniquement à des fins thérapeutiques. J'accepte entièrement leurs opinions. Je ne peux croire, et d'ailleurs la preuve ne justifie pas cette opinion, que la décision de pratiquer une intervention de cette nature à des fins non thérapeutiques sur un mineur puisse être jugée comme relevant du seul jugement clinique d'un médecin.

(C'est moi qui souligne.)

<sup>i</sup> Depuis ce temps, les tribunaux anglais ont rendu plusieurs décisions qui ont permis de pratiquer des actes médicaux en vertu de la compétence *parens patriae*. Dans *In re P (a Minor)* (1981), 80 L.G.R. 301, l'administration locale a invoqué la compétence de la cour en matière de tutelle pour autoriser l'avortement d'une jeune fille de quinze ans qui avait déjà eu un enfant et qui s'en occupait dans

provided by the authority. The evidence indicated that the girl was taking good care of the first child but could not cope with a second, and that the girl consented to the operation. Butler-Sloss J. authorized the abortion, despite her father's objection, on the ground that it was in the girl's best interest.

More recently still, the English Court of Appeal had to consider the poignantly sad case of *Re B (a minor)* (1982), 3 F.L.R. 117. A baby girl was born suffering from Down's Syndrome (mongolism). She also had an intestinal blockage from which she would die within a very short time unless it was operated on. If she had the operation there was a considerable risk that she would suffer from heart trouble and die within two or three months. Even if the operation was successful she would only have a life expectancy of from twenty to thirty years, during which time she would be very handicapped, both mentally and physically. Her parents took the view that the kindest thing in the interests of the child was for her not to have the operation. Nonetheless, the court, on a wardship application by a local authority, authorized the operation. Though it expressed sympathy for the parents in the agonizing decision to which they had come, it emphasized the protective quality of its jurisdiction, as the following statement by Lord Templeman, at pp. 122-23 indicates: "The evidence in this case only goes to show that if the operation takes place and is successful then the child may live the normal span of a mongoloid child with the handicaps and defects and life of a mongol child, and it is not for this court to say that life of that description ought to be extinguished."

Turning now to Canada, the *parens patriae* jurisdiction has on several occasions been exercised to authorize the giving of a blood transfusion to save a child's life over its parents' religious objection. More germane for present purposes is the recent case of *Re K and Public Trustee* (1985), 19 D.L.R. (4th) 255, where the Court of Appeal of British Columbia ordered that a hysterectomy be performed on a seriously retarded child on the ground that the operation was therapeutic. The

des installations fournies par l'administration. Les éléments de preuve indiquaient que la jeune fille prenait bien soin du premier enfant mais qu'elle ne pourrait s'occuper du second et que la jeune fille avait consenti à l'opération. Le juge Butler-Sloss a autorisé l'avortement, malgré l'opposition du père de la jeune fille, sur le fondement que c'était dans l'intérêt de celle-ci.

Encore plus récemment, la Cour d'appel d'Angleterre a dû examiner l'affaire très triste de *Re B (a minor)* (1982), 3 F.L.R. 117. Une petite fille est née atteinte du syndrome de Down (trisomie). Elle souffrait également d'un blocage intestinal qui l'aurait emportée en peu de temps à moins qu'elle ne subisse une opération. Si elle était opérée, il y avait un risque considérable qu'elle souffre de troubles cardiaques et ne vive pas plus de deux ou trois mois. Même si l'intervention était un succès, elle n'aurait qu'une espérance de vie de 20 à 30 ans, pendant lesquels elle serait très handicapée, mentalement et physiquement. Ses parents ont estimé que le geste le plus humanitaire dans l'intérêt de l'enfant était de ne pas l'opérer. Néanmoins, la cour, en vertu d'une demande de tutelle de l'administration locale, a autorisé l'opération. Bien qu'elle ait exprimé de la sympathie pour les parents en ce qui a trait à la décision déchirante à laquelle ils étaient arrivés, elle a souligné la qualité protectrice de sa compétence, comme l'indique la déclaration suivante de lord Templeman aux pp. 122 et 123: [TRADUCTION] «Les éléments de preuve en l'espèce indiquent seulement que si l'intervention est pratiquée et réussit, alors l'enfant peut vivre la durée normale de la vie d'un enfant atteint de trisomie avec ses handicaps et ses déficiences et il n'appartient pas à cette Cour de dire qu'on doit mettre fin à une telle vie.»

Quant au Canada, la compétence *parens patriae* a été exercée à plusieurs reprises pour autoriser une transfusion sanguine pour sauver la vie d'un enfant malgré l'opposition religieuse de ses parents. L'affaire récente *Re K and Public Trustee* (1985), 19 D.L.R. (4th) 255 se rapproche de l'espèce; la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a ordonné qu'une hystérectomie soit pratiquée sur une enfant gravement arriérée pour le motif que l'opération était thérapeutique. Le facteur le

most serious factor considered by the court was the child's alleged phobic aversion to blood, which it was feared would seriously affect her when her menstrual period began. It should be observed, and the fact was underscored by the judges in that case, that *Re K and Public Trustee* raised a quite different issue from that in the present case. As Anderson J.A. put it at p. 275: "I say now, as forcefully as I can, this case cannot and must not be regarded as a precedent to be followed in cases involving sterilization of mentally disabled persons for contraceptive purposes."

I now turn to the American experience to which all parties referred.

#### The American Experience

The American experience in this area cannot be understood without reference to the interest in the eugenic sterilization of the mentally incompetent manifested in that country early in this century. Eugenics theory, founded upon the rearticulation of the Mendelian theories of inheritance, developed from the premise that physical, mental and even moral deficiencies have a genetic basis. In the early part of this century, many social reformers advocated eugenic sterilization as a panacea for most of the troubles that had been created by "misfits" in society. This general attitude, coupled with the evolution of surgical sterilization techniques, provoked the widespread adoption of enabling legislation. In time, over thirty states enacted statutes providing for the compulsory sterilization of the mentally retarded; see Sherlock and Sherlock, "Sterilizing the Retarded: Constitutional, Statutory and Policy Alternatives," 60 *N.C.L.Rev.* 943 (1982), at p. 944.

The constitutionality of such statutes arose before the United States Supreme Court in the landmark case of *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927). Carrie Buck, a mildly retarded woman, was the daughter of a similarly afflicted woman and had herself given birth to an allegedly retard-

plus important dont la cour a tenu compte était l'aversion phobique de l'enfant à l'égard du sang qui, craignait-on, aurait de graves conséquences à son égard lors de ses premières menstruations. Il convient de faire remarquer, et le fait a été souligné par les juges dans cet arrêt, que *Re K and Public Trustee* soulevait une question tout à fait différente de celle de l'espèce. Comme le juge Anderson l'a dit à la p. 275: [TRADUCTION] «Je dis maintenant, avec autant de vigueur que je peux, que l'espèce ne peut et ne doit pas être considérée comme un précédent qui doit être appliqué dans les affaires comportant la stérilisation à des fins contraceptives de personnes atteintes de déficience mentale.»

J'examine maintenant l'expérience américaine dont toutes les parties ont fait mention.

#### L'expérience américaine

L'expérience américaine dans ce domaine ne peut être comprise sans mentionner l'intérêt dans la stérilisation eugénique de l'arriéré mental qui s'est manifesté dans ce pays au début du siècle. La théorie eugénique est fondée sur la réaffirmation des théories mendéliennes de l'hérédité, élaborées à partir de la prémisse selon laquelle les déficiences physiques, mentales et même morales relèvent de la génétique. Au début du siècle, un grand nombre de réformateurs sociaux préconisaient la stérilisation eugénique comme une panacée pour la plupart des troubles qui avaient été créés par des «mésadaptés» sociaux. Cette attitude générale, associée avec l'évolution des techniques chirurgicales de stérilisation, a provoqué l'adoption généralisée de mesures législatives habilitantes. Avec le temps, plus de trente États ont adopté des lois prévoyant la stérilisation obligatoire des arriérés mentaux; voir Sherlock and Sherlock, «Sterilizing the Retarded: Constitutional, Statutory and Policy Alternatives,» 60 *N.C.L.Rev.* 943 (1982), à la p. 944.

La constitutionnalité de ces lois a été contestée devant la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt de principe *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927). Carrie Buck, une femme légèrement arriérée, était la fille d'une femme atteinte d'une déficience semblable et avait elle-même donnée naissance à un

ed child. A majority of the court sanctioned her sterilization despite claims that such a course violated substantive and procedural due process as well as the equal protection rights of the handicapped. The case constituted the high water mark of eugenic theory, as the strong judgment of Holmes J. attests. He sets the tone at p. 207:

We have seen more than once that the public welfare may call upon the best citizens for their lives. It would be strange if it could not call upon those who already sap the strength of the State for these lesser sacrifices, often not felt to be such by those concerned, in order to prevent our being swamped with incompetence. It is better for all the world, if instead of waiting to execute degenerate offspring for crime, or to let them starve for their imbecility, society can prevent those who are manifestly unfit from continuing their kind. The principle that sustains compulsory vaccination is broad enough to cover cutting the Fallopian tubes. . . . Three generations of imbeciles are enough.

During the 1930s researchers and biologists began to denounce the sweeping generalizations concerning heredity in relation to mental and physical disorders. By 1937 both the American Neurological Association and the American Medical Association had criticized the overwhelming emphasis on heredity as a cause of mental retardation, mental illness, pauperism, epilepsy and other disabilities; see Burgdorf, Jr. and Burgdorf, "The Wicked Witch is Almost Dead: *Buck v. Bell* and the Sterilization of Handicapped Persons," 50 *Temp. L.Q.* 995 (1977), at p. 1007. Today, the assumptions made in *Buck v. Bell* are widely discredited; see McIvor, "Equitable Jurisdiction to Order Sterilizations," 57 *Wash. L.R.* 373 (1982), at p. 375; Lachance, "In re *Grady*: The Mentally Retarded Individual's Right to Choose Sterilization," 6 *Am.J.L. & Med.* 559 (1981), at pp. 569-70.

Scientific exposure of the fallacious reasoning of the eugenicists led to a waning of the initial enthusiasm for laws requiring eugenic sterilization. Along with a growing legal recognition of the

enfant qu'on disait arriéré. La Cour, à la majorité, a autorisé la stérilisation de celle-ci malgré les prétentions selon lesquelles une telle attitude violait l'application régulière de la loi quant au fond et quant à la forme ainsi que la protection égale des droits des handicapés. Cet arrêt a constitué le sommet de la théorie eugénique comme l'atteste le jugement frappant du juge Holmes. Il donne le ton à la p. 207:

*b* [TRADUCTION] Nous avons vu plus d'une fois que le bien-être public peut demander aux meilleurs citoyens de donner leurs vies. Il serait étrange qu'on ne puisse pas demander à ceux qui minent déjà la force de l'État de faire ces sacrifices moins importants, qui souvent ne sont pas perçus comme tels par ceux qui sont visés, pour faire en sorte que l'on ne soit pas submergés par l'incompétence. Il est mieux pour tout le monde si, au lieu d'attendre d'exécuter la progéniture dégénérée pour des crimes ou de les laisser souffrir de la faim en raison de leur imbecilité, la société peut empêcher ceux qui sont manifestement déficients de se reproduire. Le principe sur lequel se fonde la vaccination obligatoire est suffisamment général pour permettre de couper les trompes de Fallope. [...] Trois générations d'imbeciles, c'est suffisant.

Au cours des années 1930, les chercheurs et les biologistes ont commencé à dénoncer les généralisations hâtives concernant l'hérédité relativement aux désordres mentaux et physiques. En 1937 l'American Neurological Association et l'American Medical Association ont critiqué la trop grande importance attachée à l'hérédité comme cause de la déficience mentale, de la maladie mentale, de la pauvreté, de l'épilepsie et d'autres déficiences; voir Burgdorf, Jr. and Burgdorf, "The Wicked Witch is Almost Dead: *Buck v. Bell* and the Sterilization of Handicapped Persons," 50 *Temp. L.Q.* 995 (1977), à la p. 1007. Aujourd'hui, les hypothèses avancées dans l'arrêt *Buck v. Bell* sont largement discréditées; voir McIvor, "Equitable Jurisdiction to Order Sterilizations," 57 *Wash. L.R.* 373 (1982), à la p. 375; Lachance, "In re *Grady*: The Mentally Retarded Individual's Right to Choose Sterilization," 6 *Am.J.L. & Med.* 559 (1981), aux pp. 569 et 570.

La dénonciation par les milieux scientifiques du raisonnement fallacieux des eugénistes a entraîné une diminution de l'enthousiasme initial pour les lois exigeant la stérilisation eugénique. Parallèle-

fundamental character of the right to procreate, this was sufficient to trigger a reappraisal of the courts' position. Courts became extremely reluctant to order the sterilization of mentally handicapped persons in the absence of specific statutory authority; see Ross, "Sterilization of the Developmentally Disabled: Shedding Some Myth-Conceptions," 9 *Fla. St. U.L. Rev.* 599 (1981). Their *rationale* was that "the awesome power to deprive a human being of his or her fundamental right to bear or beget offspring must be founded on the explicit authorization of the Legislature . . ."; *Guardianship of Tulley* App., 146 Cal.Rptr. 266 (1978), at p. 270.

Not surprisingly, this argument has been strongly asserted by some of the parties to the present appeal. Thus, counsel for the Canadian Mental Health Association contended that the weight of authority in the United States is to the effect that there is no inherent jurisdiction in state courts, either by way of the *parens patriae* doctrine or otherwise, to order the sterilization of persons found to be mentally incompetent. For this proposition, he cited *Hudson v. Hudson*, 373 So.2d 310 (Ala. 1979) at pp. 311-12; *Matter of Guardianship of Eberhardy*, 294 N.W.2d 540 (Wis. 1980); Norris, "Recent Developments—Courts—Scope of Authority—Sterilization of Mental Incompetents," 44 *Tenn. L. Rev.* 879 (1977).

The proposition thus advanced would, I think, have been unassailable until a few years ago. Since 1978, however, the tide has changed significantly. The precipitating event appears to have been the decision of the Supreme Court of the United States in *Stump v. Sparkman*, 435 U.S. 349 (1978). The question at issue there was whether an Indiana judge, who had ordered the sterilization of a "somewhat" retarded child on her mother's petition, was immune from liability in a suit subsequently brought by the incompetent. On obtaining court approval, the mother had had the procedure performed without the knowledge of her daughter who had been led to believe she was undergoing an appendectomy. The daughter discovered her depri-

ment à une reconnaissance juridique croissante du caractère fondamental du droit de procréer, cela a été suffisant pour déclencher un nouvel examen de la position des tribunaux. Ceux-ci sont devenus <sup>a</sup> très peu disposés à ordonner la stérilisation des personnes atteintes de déficience mentale en l'absence de pouvoirs législatifs précis; voir Ross, «Sterilization of the Developmentally Disabled: Shedding Some Myth-Conceptions,» 9 *Fla. St. U.L. Rev.* 599 (1981). Leur raisonnement était que <sup>b</sup> [TRADUCTION] «le pouvoir terrifiant de priver une personne de son droit fondamental de porter ou d'engendrer une progéniture doit être fondé sur <sup>c</sup> l'autorisation précise de la législature . . .»; *Guardianship of Tulley*, App. 146 Cal.Rptr. 266 (1978), à la p. 270.

Comme on pouvait s'y attendre, cet argument <sup>a</sup> a été fortement soutenu par certaines des parties au présent pourvoi. Ainsi, l'avocat de l'Association canadienne pour la santé mentale a soutenu que la jurisprudence et la doctrine aux États-Unis indiquent que les tribunaux des États ne jouissent <sup>e</sup> d'aucune compétence inhérente, soit par la doctrine *parens patriae* soit autrement, pour ordonner la stérilisation des personnes jugées atteintes de déficience mentale. À l'appui de cet argument, il cite *Hudson v. Hudson*, 373 So.2d 310 (Ala. 1979), aux pp. 311 et 312; *Matter of Guardianship of Eberhardy*, 294 N.W.2d 540 (Wis. 1980); Norris, «Recent Developments—Courts—Scope of Authority—Sterilization of Mental Incompetents,» <sup>g</sup> 44 *Tenn. L. Rev.* 879 (1977).

À mon avis, cet argument aurait été inattaquable il y a quelques années encore. Toutefois, depuis 1978, la situation a beaucoup changé. L'événement <sup>h</sup> qui a entraîné ce changement semble avoir été l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Stump v. Sparkman*, 435 U.S. 349 (1978). La question en litige était de savoir si un juge de l'Indiana, qui avait ordonné la stérilisation <sup>i</sup> d'une enfant «quelque peu» arriérée à la demande de sa mère, était protégée contre une poursuite en dommages-intérêts engagée subséquemment par la déficiente. Ayant obtenu l'autorisation du tribunal, la mère a fait pratiquer l'intervention sans que sa <sup>j</sup> fille le sache en lui faisant croire qu'elle subissait une appendicectomie. Sa fille a découvert son état

vation when she subsequently married and attempted to have children. The Supreme Court held that the judge was immune from liability on the basis of an Indiana statute which conferred upon the Indiana circuit court original jurisdiction "in all cases at law and in equity whatsoever".

Though the precise precedential value of the case has been the subject of considerable judicial and scholarly debate, *Stump v. Sparkman* appears nonetheless to have had a catalytic effect. Since that decision, the vast majority of state courts before which the question has been raised have held that they have equitable authority, in the absence of statute, to order sterilization of the mentally retarded; see *Matter of Guardianship of Eberhardy*, 307 N.W.2d 881 (Wis. 1981), at p. 887; *In re Grady*, 426 A.2d 467 (N.J. 1981), at p. 479; *Matter of C.D.M.*, 627 P.2d 607 (Alaska 1981), at p. 612; *Matter of A.W.*, 637 P.2d 366 (Colo. 1981), at p. 374; *Matter of Terwilliger*, 450 A.2d 1376 (Pa. 1982), at pp. 1380-81; *Wentzel v. Montgomery General Hospital, Inc.*, 447 A.2d 1244 (Md. 1982), at p. 1263; *Matter of Moe*, 432 N.E.2d 712 (Mass. 1982), at p. 718; *P.S. by Harbin v. W.S.*, 452 N.E.2d 969 (Ind. 1983), at p. 976; cf. *Hudson v. Hudson, supra*. Thus as McIvor, *supra*, at p. 379 concludes, despite *Sparkman v. Stump's* weakness as a precedent, it "provides a de facto point of departure for the emerging rule recognizing equitable jurisdiction to authorize the nonconsensual sterilization of mentally retarded persons".

The rationale on which state courts have acted in recent years is conveniently summarized in a passage from a pre-*Sparkman* case. In *Matter of Sallmaier*, 378 N.Y.S.2d 989 (1976), the court, basing itself on expert testimony concerning the likelihood of a psychotic reaction to pregnancy, other evidence of psychological and hygienic difficulties, and the patient's proclivity for sexual encounters with men, authorized the sterilization

lorsque par la suite elle s'est mariée et a tenté d'avoir des enfants. La Cour suprême a statué que le juge ne pouvait être tenu responsable en se fondant sur une loi de l'Indiana qui conférerait à la Cour de circuit de l'Indiana compétence en première instance [TRADUCTION] «dans toutes les affaires en *common law* et en *equity*».

Bien que sa valeur jurisprudentielle ait fait l'objet de nombreux débats judiciaires et doctrinaux, l'arrêt *Stump v. Sparkman* paraît néanmoins avoir eu un effet de catalyseur. Depuis cet arrêt, la grande majorité des tribunaux des États devant lesquels la question a été soulevée ont statué qu'ils disposaient du pouvoir en *equity*, en l'absence d'une loi, d'ordonner la stérilisation de la personne atteinte de déficience mentale; voir *Matter of Guardianship of Eberhardy*, 307 N.W.2d 881 (Wis. 1981), à la p. 887; *In re Grady*, 426 A.2d 467 (N.J. 1981), à la p. 479; *Matter of C.D.M.*, 627 P.2d 607 (Alaska 1981), à la p. 612; *Matter of A.W.*, 637 P.2d 366 (Colo. 1981), à la p. 374; *Matter of Terwilliger*, 450 A.2d 1376 (P.A. 1982), aux pp. 1380 et 1381; *Wentzel v. Montgomery General Hospital, Inc.*, 447 A.2d 1244 (Md. 1982), à la p. 1263; *Matter of Moe*, 432 N.E.2d 712 (Mass. 1982), à la p. 718; *P.S. by Harbin v. W.S.*, 452 N.E.2d 969 (Ind. 1983), à la p. 976; cf. *Hudson v. Hudson*, précité. Ainsi comme le conclut McIvor, précité, à la p. 379, malgré la faiblesse de l'arrêt *Sparkman v. Stump* comme précédent, il [TRADUCTION] «fournit un point de départ *de facto* pour la nouvelle règle reconnaissant une compétence en matière d'*equity* pour autoriser la stérilisation non consensuelle de personnes atteintes de déficience mentale».

Le raisonnement sur lequel les tribunaux des États se sont fondés pour agir au cours des dernières années est résumé d'une manière pratique dans un passage d'une décision antérieure à l'arrêt *Sparkman*. Dans *Matter of Sallmaier*, 378 N.Y.S.2d 989 (1976), se fondant sur un témoignage d'expert concernant le risque d'une réaction psychotique à la grossesse, sur d'autres témoignages concernant des problèmes psychologiques et hygiéniques et sur la propension de la patiente à avoir des rapports sexuels avec des hommes, la cour a autorisé la stérilisation d'une adulte grave-

of a severely retarded adult woman. The court had this to say, at p. 991:

The jurisdiction of the court in this proceeding arises not by statute, but from the common law jurisdiction of the Supreme Court to act as *parens patriae* with respect to incompetents. (*Moore v. Flagg*, 137 App.Div. 338, 122 N.Y.S. 174; *Matter of Weberlist*, 79 Misc.2d 753, 360 N.Y.S.2d 783.) The rationale of *parens patriae*, as was stated by the court in *Matter of Weberlist*, *supra*, p. 756, 360 N.Y.S.2d p. 786, is "that the State must intervene in order to protect an individual who is not able to make decisions in his own best interest. The decision to exercise the power of *parens patriae* must reflect the welfare of society, as a whole, but mainly it must balance the individual's right to be free from interference against the individual's need to be treated, if treatment would in fact be in his best interest."

I should perhaps add that subsequent to *Sallmaier*, another New York court expressly refused to authorize sterilization in the absence of legislative guidelines; *Application of A.D.*, 394 N.Y.S.2d 139 (1977).

While many state courts have, in recent cases, been prepared to recognize an inherent power in courts of general jurisdiction to authorize sterilization of mentally incompetent persons, they differ on the standard of review. Two distinct approaches have emerged: the "best interests" approach and the "substituted judgment" approach.

In five of the nine states in which equitable jurisdiction to authorize the non-consensual sterilization of a mentally incompetent person is recognized, that jurisdiction is based on the inherent equitable power of the courts to act in the best interests of the mentally incompetent person; *P.S. by Harbin v. W.S.*, *supra*, (Ind.); *Matter of Terwilliger*, *supra*, (Pa.); *In re Penny N.*, 414 A.2d 541 (N.H. 1980); *Matter of C.D.M.*, *supra*, (Alaska); *In re Eberhardy*, *supra*, (Wis.) The test necessarily leads to uncertainties; see *Matter of Guardianship of Hayes*, 608 P.2d 635 (Wash. 1980), at p. 637, and in an effort to minimize abuses, American courts have developed guidelines to assist in determining whether the best interests

ment arriérée. Voici ce que la cour a dit à la p. 991:

[TRADUCTION] La compétence de la cour dans cette instance ne découle pas de la loi, mais de la compétence de *common law* de la Cour suprême pour agir à titre de *parens patriae* à l'égard des déficients. (*Moore v. Flagg*, 137 App.Div. 338, 122 N.Y.S. 174; *Matter of Weberlist*, 79 Misc.2d 753, 360 N.Y.S.2d 783.) Le raisonnement sur lequel se fonde la compétence *parens patriae*, comme l'a énoncé la cour dans *Matter of Weberlist*, précité, p. 756, 360 N.Y.S.2d p. 786, porte «que l'État doit intervenir pour protéger une personne qui n'est pas en mesure de prendre des décisions dans son intérêt. La décision d'exercer la compétence *parens patriae* doit correspondre au bien-être de l'ensemble de la société, mais doit principalement établir un équilibre entre le droit de la personne d'être libre contre toute atteinte et son besoin d'être traitée, si le traitement était en fait dans son intérêt.»

<sup>d</sup> Je devrais peut-être ajouter que, après la décision *Sallmaier*, une autre cour de New York a expressément refusé d'autoriser la stérilisation en l'absence de lignes directrices législatives; *Application of A.D.*, 394 N.Y.S.2d 139 (1977).

Même si dans des affaires récentes, un grand nombre de tribunaux des États se sont montrés prêts à reconnaître le pouvoir judiciaire inhérent d'exercer une compétence générale pour autoriser la stérilisation de personnes atteintes de déficience mentale, ils ne s'entendent pas sur la norme d'examen. Il y a deux points de vue distincts: celui de «l'intérêt de la personne» et celui de la «substitution de jugement».

Dans cinq des neuf états dans lesquels la compétence en matière d'*equity* pour autoriser la stérilisation non consensuelle d'une personne atteinte de déficience mentale est reconnue, cette compétence est fondée sur le pouvoir inhérent des tribunaux en matière d'*equity* d'agir dans l'intérêt de la personne atteinte de déficience mentale; *P.S. by Harbin v. W.S.*, précité (Ind.); *Matter of Terwilliger*, précité, (Pa.); *In re Penny N.*, 414 A.2d 541 (N.H. 1980); *Matter of C.D.M.*, précité, (Alaska); *In re Eberhardy*, précité, (Wis.) Le critère soulève nécessairement des incertitudes; voir *Matter of Guardianship of Hayes*, 608 P.2d 635 (Wash. 1980), à la p. 637 et dans un effort pour minimiser les abus, les tribunaux américains ont élaboré des

of the affected person would be furthered through sterilization. MacDonald J. proposed a series of similar guidelines in the present case; see (1981), 115 D.L.R. (3d) 283, at pp. 307-09.

How far American courts would go in allowing sterilization for purely contraceptive purposes is difficult to say with certainty, since the above decisions were at the appeal level where the question was whether courts could exercise jurisdiction. Yet the guidelines put forward in those cases suggest that the courts would have considerable latitude. The facts in *Hayes, supra*, where the appeal court remanded the case to the applications judge, are revealing. They are thus stated at p. 637:

Edith Hayes is severely mentally retarded as a result of a birth defect. Now 16 years old, she functions at the level of a four to five year old. Her physical development, though, has been commensurate with her age. She is thus capable of conceiving and bearing children, while being unable at present to understand her own reproductive functions or exercise independent judgment in her relationship with males. Her mother and doctors believe she is sexually active and quite likely to become pregnant. Her parents are understandably concerned that Edith is engaging in these sexual activities. Furthermore, her parents and doctors feel the long term effects of conventional birth control methods are potentially harmful, and that sterilization is the most desirable method to ensure that Edith does not conceive an unwanted child.

Edith's parents are sensitive to her special needs and concerned about her physical and emotional health, both now and in the future. They have sought appropriate medical care and education for her, and provided her with responsible and adequate supervision. During the year or so that Edith has been capable of becoming pregnant, though, they have become frustrated, depressed and emotionally drained by the stress of seeking an effective and safe method of contraception. They believe it is impossible to supervise her activities closely enough to prevent her from becoming involved in sexual relations. Thus, with the consent of Edith's father, Sharon Hayes petitioned for an order appointing her guardian and authorizing a sterilization procedure for Edith.

lignes directrices pour aider à déterminer si la stérilisation serait dans l'intérêt de la personne visée. Le juge MacDonald a proposé une série de lignes directrices semblables en l'espèce; voir a (1981), 115 D.L.R. (3d) 283, aux pp. 307 à 309.

Il est difficile de dire avec certitude jusqu'où b iraient les tribunaux américains pour permettre la stérilisation à des fins purement contraceptives étant donné que les cours d'appel étaient saisies c des affaires susmentionnées pour trancher la question de compétence des tribunaux. Toutefois, les directives énoncées dans ces affaires laissent croire que les tribunaux jouiraient d'une grande latitude. Les faits de l'arrêt *Hayes*, précité, dans lequel la Cour d'appel a renvoyé l'affaire devant le juge des requêtes, sont parlants. Voici comment ils sont exposés à la p. 637:

[TRADUCTION] Edith Hayes est atteinte de déficience d mentale grave par suite d'un problème à la naissance. Elle est maintenant âgée de 16 ans et agit comme une enfant de 4 à 5 ans. Toutefois, son développement physique correspond à son âge. Elle est donc capable de concevoir et de porter des enfants, tout en étant incapable e à l'heure actuelle de comprendre ses propres fonctions de reproduction ou d'exercer un jugement indépendant dans ses rapports avec les personnes de sexe masculin. Sa mère et le médecin croient qu'elle est f active sexuellement et susceptible de devenir enceinte. Il va sans dire que les parents d'Edith sont inquiets parce qu'elle a ces rapports sexuels. En outre, ses parents et les médecins estiment que les effets à long terme des méthodes conventionnelles de contraception peuvent être dangereuses et que la stérilisation est la méthode la plus g souhaitable pour veiller à ce que Edith ne conçoive pas un enfant non désiré.

Les parents d'Edith sont sensibilisés à ses besoins spéciaux et se préoccupent de sa santé physique et émotionnelle actuelle et à venir. Ils ont cherché à lui donner des soins médicaux et une éducation appropriés et à lui fournir une surveillance responsable et adéquate. Toutefois, depuis qu'Edith peut devenir enceinte, soit un an environ, ils sont devenus frustrés, déprimés et émotionnellement vidés par le stress d'avoir à chercher une méthode de contraception efficace et sûre. Ils croient qu'il est impossible de surveiller ses activités d'assez près pour l'empêcher d'avoir des rapports sexuels. Par conséquent, avec le consentement du père d'Edith, Sharon j Hayes a demandé une ordonnance la nommant tutrice de celle-ci et autorisant la stérilisation d'Edith.

As noted, these facts indicate that the courts of the United States, in acting under the best interests test have a very wide discretion.

The second approach, the substituted judgment test, raises *Charter* implications about which I shall have more to say later. This test was first applied in the context of the sterilization of a mentally incompetent by the New Jersey Supreme Court in *In re Grady, supra*. In affirming a lower court's grant of the petition of the parents to sterilize their adult daughter, a victim of Down's Syndrome, the court based its decision on an analysis of the daughter's rights. It began by recognizing that any court-authorized sterilization potentially violates the right to procreate, which it described as "fundamental to the very existence and survival of the race". However, the court went on to distinguish the situation before it from both voluntary and compulsory sterilization on the ground that the individual there had not expressed a desire to be sterilized or not to be sterilized, but was simply incapable of indicating her will either way. It then reviewed the U.S. Supreme Court decisions dealing with privacy and contraception and concluded that they supported a broad personal right to control contraception which included an affirmative constitutional right to voluntary sterilization. Given that there was also a right to be free from non-consensual bodily invasions, the individual was free to choose which of those two rights to exercise.

The *Grady* court held that in order for this choice to be meaningful, mental incompetence should not be permitted to prevent an individual from exercising it. The court, relying on the famous case of *Matter of Quinlan*, 355 A.2d 647 (N.J. 1976), recognized judicial power to make that choice in instances where limited mental capacity has rendered a person's own right to choose meaningless. The Supreme Courts of Massachusetts and Colorado later adopted this approach in *Moe, supra* and *A.W., supra*, respectively.

Comme il a été mentionné, ces faits indiquent que les tribunaux des États-Unis, en agissant selon le critère de l'intérêt de la personne, disposent d'un très grand pouvoir discrétionnaire.

<sup>a</sup> Le second point de vue, le critère de la substitution de jugement, soulève des problèmes en ce qui a trait à la *Charte*, et j'y reviendrai plus loin. Ce critère a d'abord été appliqué, dans le contexte de <sup>b</sup> la stérilisation d'une personne atteinte de déficience mentale, par la Cour suprême du New Jersey dans *In re Grady*, précité. En confirmant la décision du tribunal d'instance inférieure de faire droit à la requête des parents en vue de stériliser <sup>c</sup> leur fille adulte, atteinte du syndrome de Down, la cour a fondé sa décision sur une analyse des droits de la jeune fille. Elle a commencé par reconnaître qu'une stérilisation autorisée par la cour était susceptible de violer le droit de procréer, qui est décrit <sup>d</sup> comme [TRADUCTION] «fondamental à l'égard de l'existence et de la survie mêmes de la race». Toutefois, la cour a poursuivi en établissant une distinction entre la situation qui lui était présentée <sup>e</sup> et la stérilisation volontaire et obligatoire sur le fondement que la personne dans cette affaire n'avait pas exprimé le désir d'être stérilisée ou non, mais était simplement incapable d'indiquer ce qu'elle voulait. Elle a alors examiné les décisions <sup>f</sup> de la Cour suprême des États-Unis qui traitaient de la vie privée et de la contraception et a conclu qu'elles appuyaient un large droit personnel permettant de contrôler la contraception qui comprenait le droit positif constitutionnel à la stérilisation <sup>g</sup> volontaire. Compte tenu de son droit d'être protégée contre une atteinte sans consentement à l'intégrité corporelle, la personne était libre de choisir lequel de ces deux droits elle voulait exercer.

<sup>h</sup> Dans l'arrêt *Grady*, la cour a statué que, pour que ce choix ait un sens, la déficience mentale ne devrait pas empêcher une personne de l'exercer. Se fondant sur la célèbre décision *Matter of Quinlan*, 355 A.2d 647 (N.J. 1976), la cour a reconnu le <sup>i</sup> pouvoir des tribunaux d'exercer ce choix dans les cas où une capacité mentale limitée a enlevé tout sens au droit de choisir d'une personne. Les Cours <sup>j</sup> suprême du Massachusetts et du Colorado ont par la suite adopté ce point de vue respectivement dans *Moe* et *A.W.*, précitées.

The primary purpose of the substituted judgment test is to attempt to determine what decision the mental incompetent would make, if she were reviewing her situation as a competent person, but taking account of her mental incapacity as one factor in her decision. It allows the court to consider a number of factors bearing directly upon the condition of the mental incompetent. Thus the court may consider such issues as the values of the incompetent, any religious beliefs held by her, and her societal views as expressed by her family. In essence, an attempt is made to determine the actual interests and preferences of the mental incompetent. This, it is thought, recognizes her moral dignity and right to free choice. Since the incompetent cannot exercise that choice herself, the court does so on her behalf. The fact that a mental incompetent is, either because of age or mental disability, unable to provide any aid to the court in its decision does not preclude the use of the substituted judgment test.

The respondent submitted that this test should be adopted in this country. As in the case of the best interests test, various guidelines have been developed by the courts in the United States to ensure the proper use of this test.

### Summary and Disposition

In the foregoing discussion, I have attempted to set forth the legal background relevant to the question whether a court may, or in this case, ought to authorize consent to non-therapeutic sterilization. Before going on, it may be useful to summarize my views on the *parens patriae* jurisdiction. From the earliest time, the sovereign, as *parens patriae*, was vested with the care of the mentally incompetent. This right and duty, as Lord Eldon noted in *Wellesley v. Duke of Beaufort*, *supra* at 2 Russ., at p. 20, 38 E.R., at p. 243 is founded on the obvious necessity that the law should place somewhere the care of persons who are not able to take care of themselves. In early

Le principal objectif du critère de la substitution de jugement est de tenter de déterminer quelle décision prendrait la personne atteinte de déficience mentale si elle étudiait sa situation comme une personne saine d'esprit, mais en tenant compte de ses déficiences comme facteur de sa décision. Ce critère permet au tribunal de tenir compte d'un certain nombre de facteurs qui portent directement sur l'état de la personne atteinte de déficience mentale. Le tribunal peut donc examiner des questions comme les valeurs de cette personne, ses croyances religieuses et ses opinions à l'égard de la société telles qu'elles sont exprimées par sa famille. Essentiellement, on tente de déterminer les intérêts et les préférences réelles du déficient. Ce critère, croit-on, reconnaît au déficient sa dignité morale et son droit à un libre choix. Étant donné que la personne atteinte de déficience mentale ne peut exercer ce choix elle-même, le tribunal le fait pour elle. Le fait qu'un déficient est, en raison de son âge ou de sa déficience mentale, incapable d'aider le tribunal dans sa décision, n'empêche pas d'utiliser le critère de la substitution de jugement.

L'intimée a soutenu que ce critère devrait être adopté au pays. Comme dans le cas du critère de l'intérêt de la personne, diverses lignes directrices ont été élaborées par les tribunaux américains pour veiller à ce que ces critères soient utilisés d'une manière appropriée.

### § Résumé et conclusion

Dans l'analyse qui précède, j'ai tenté d'établir le fondement juridique de la question de savoir si un tribunal peut, ou en l'espèce, devrait autoriser qu'il soit consenti à une stérilisation non thérapeutique. Avant d'aller plus loin, il peut être utile de résumer mon opinion au sujet de la compétence *parens patriae*. Depuis très longtemps, le souverain, à titre de *parens patriae*, est chargé de prendre soin des déficients mentaux. Ce droit et ce devoir, comme lord Eldon l'a souligné dans *Wellesley v. Duke of Beaufort*, précité à 2 Russ., à la p. 20, 38 E.R. à la p. 243, sont fondés sur la nécessité évidente qu'en droit quelqu'un doit avoir soin des personnes qui ne sont pas en mesure de prendre soin d'elles-

England, the *parens patriae* jurisdiction was confined to mental incompetents, but its *rationale* is obviously applicable to children and, following the transfer of that jurisdiction to the Lord Chancellor in the seventeenth century, he extended it to children under wardship, and it is in this context that the bulk of the modern cases on the subject arise. The *parens patriae* jurisdiction was later vested in the provincial superior courts of this country, and in particular, those of Prince Edward Island.

The *parens patriae* jurisdiction is, as I have said, founded on necessity, namely the need to act for the protection of those who cannot care for themselves. The courts have frequently stated that it is to be exercised in the "best interest" of the protected person, or again, for his or her "benefit" or "welfare".

The situations under which it can be exercised are legion; the jurisdiction cannot be defined in that sense. As Lord MacDermott put it in *J. v. C.*, [1970] A.C. 668, at p. 703, the authorities are not consistent and there are many twists and turns, but they have inexorably "moved towards a broader discretion, under the impact of changing social conditions and the weight of opinion . . ." In other words, the categories under which the jurisdiction can be exercised are never closed. Thus I agree with Latey J. in *Re X*, *supra*, at p. 699, that the jurisdiction is of a very broad nature, and that it can be invoked in such matters as custody, protection of property, health problems, religious upbringing and protection against harmful associations. This list, as he notes, is not exhaustive.

What is more, as the passage from *Chambers* cited by Latey J. underlines, a court may act not only on the ground that injury to person or property has occurred, but also on the ground that such injury is apprehended. I might add that the jurisdiction is a carefully guarded one. The courts will not readily assume that it has been removed by legislation where a necessity arises to protect a person who cannot protect himself.

mêmes. Au début de l'histoire de l'Angleterre, la compétence *parens patriae* visait uniquement les déficients mentaux, mais de toute évidence son raisonnement s'applique aux enfants et, par suite du transfert de ce pouvoir au lord chancelier au XVII<sup>e</sup> siècle, il a visé les enfants sous tutelle et c'est dans ce contexte que sont soulevées la majorité des affaires modernes. La compétence *parens patriae* a plus tard été attribuée aux cours supérieures des provinces de ce pays, et en particulier, à celle de l'Île-du-Prince-Édouard.

La compétence *parens patriae* est, comme je l'ai dit, fondée sur la nécessité, c.-à-d. le besoin d'agir pour protéger ceux qui ne peuvent prendre soin d'eux-mêmes. Les tribunaux ont souvent déclaré qu'elle devait être exercée dans «l'intérêt» de la personne protégée ou encore, à son «avantage» ou pour son «bien-être».

Les situations à l'égard desquelles elle peut être exercée sont légion; la compétence ne peut être définie dans ce sens. Comme lord MacDermott l'a dit dans *J. v. C.*, [1970] A.C. 668, à la p. 703, la jurisprudence et la doctrine ne sont pas uniformes et il y a beaucoup de méandres mais ils se sont inexorablement [TRADUCTION] «dirigés vers un pouvoir discrétionnaire plus large, sous l'effet du changement des conditions sociales et du poids de l'opinion . . .» En d'autres termes, les catégories à l'égard desquelles la compétence peut être exercée ne sont jamais closes. Je conviens donc avec le juge Latey dans l'affaire *Re X*, précitée, à la p. 699, que la compétence est d'une nature très large et qu'elle peut être invoquée dans des questions comme la garde, la protection des biens, les problèmes de santé, l'enseignement religieux et la protection contre les relations dangereuses. Cette liste, comme il le souligne, n'est pas exhaustive.

Qui plus est, comme le souligne le passage de l'arrêt *Chambers* cité par le juge Latey, un tribunal peut agir non seulement pour le motif qu'une personne ou un bien a subi un préjudice, mais également pour le motif que l'on s'attend à ce qu'un tel préjudice se produise. Je pourrais ajouter que cette compétence est soigneusement protégée. Les tribunaux ne présumeront pas facilement qu'elle a été enlevée par un texte législatif quand il est nécessaire de protéger une personne qui ne peut le faire elle-même.

I have no doubt that the jurisdiction may be used to authorize the performance of a surgical operation that is necessary to the health of a person, as indeed it already has been in Great Britain and this country. And by health, I mean mental as well as physical health. In the United States, the courts have used the *parens patriae* jurisdiction on behalf of a mentally incompetent to authorize chemotherapy and amputation, and I have little doubt that in a proper case our courts should do the same. Many of these instances are related in *Strunk v. Strunk*, 445 S.W.2d 145 (Ky. 1969), where the court went to the length of permitting a kidney transplant between brothers. Whether the courts in this country should go that far, or as in *Quinlan*, permit the removal of life-sustaining equipment, I leave to later disposition.

Though the scope or sphere of operation of the *parens patriae* jurisdiction may be unlimited, it by no means follows that the discretion to exercise it is unlimited. It must be exercised in accordance with its underlying principle. Simply put, the discretion is to do what is necessary for the protection of the person for whose benefit it is exercised; see the passages from the reasons of Sir John Pennycuik in *Re X*, at pp. 706-07, and Heilbron J. in *Re D*, at p. 332, cited earlier. The discretion is to be exercised for the benefit of that person, not for that of others. It is a discretion, too, that must at all times be exercised with great caution, a caution that must be redoubled as the seriousness of the matter increases. This is particularly so in cases where a court might be tempted to act because failure to do so would risk imposing an obviously heavy burden on some other individual.

There are other reasons for approaching an application for sterilization of a mentally incompetent person with the utmost caution. To begin with, the decision involves values in an area where our social history clouds our vision and encourages many to perceive the mentally handicapped as somewhat less than human. This attitude has been

Je n'ai aucun doute que la compétence peut être utilisée pour autoriser une intervention chirurgicale qui est nécessaire pour la santé d'une personne, comme en fait on l'a déjà utilisée en Grande-Bretagne et au pays. De plus, par le terme santé, je vise la santé mentale aussi bien que physique. Aux États-Unis, les tribunaux ont utilisé la compétence *parens patriae* au nom d'une personne atteinte de déficience mentale pour autoriser la chimiothérapie et l'amputation, et je ne doute pas que, dans un cas approprié, nos tribunaux fassent la même chose. Un grand nombre de ces affaires sont relatées dans l'arrêt *Strunk v. Strunk*, 445 S.W.2d 145 (Ky. 1969), où la cour est allée jusqu'à permettre une transplantation rénale entre frères. La question de savoir si les tribunaux de ce pays devraient aller aussi loin, ou comme dans *Quinlan*, permettre le débranchement d'un appareil essentiel au maintien de la vie, pourra être tranchée ultérieurement.

Bien que la portée ou le cadre d'utilisation de la compétence *parens patriae* puisse être illimité, il n'en découle absolument pas que le pouvoir discrétionnaire de l'exercer soit illimité. Elle doit être exercée conformément à son principe sous-jacent. Tout simplement, le pouvoir discrétionnaire permet de faire ce qui est nécessaire pour protéger la personne à l'avantage de laquelle il est exercé; voir les passages des motifs de sir John Pennycuik dans *Re X*, aux pp. 706 et 707 et du juge Heilbron dans *Re D*, à la p. 332, précité. Le pouvoir discrétionnaire doit être exercé à l'avantage de cette personne mais pas pour celui des autres. Il s'agit également d'un pouvoir discrétionnaire qui doit en tout temps être exercé avec une grande prudence dont il faut redoubler selon que la gravité d'une affaire augmente. C'est particulièrement le cas lorsqu'un tribunal peut être tenté d'agir parce que le défaut de le faire risquerait d'imposer un fardeau manifestement lourd à d'autres personnes.

Il y a d'autres motifs pour examiner avec la plus grande prudence une demande de stérilisation d'une personne atteinte de déficience mentale. Tout d'abord, la décision comporte des valeurs dans un domaine où notre histoire sociale brouille notre vision et encourage nombre de gens à percevoir l'handicapé mental comme moins humain.

aided and abetted by now discredited eugenic theories whose influence was felt in this country as well as the United States. Two provinces, Alberta and British Columbia, once had statutes providing for the sterilization of mental defectives; *The Sexual Sterilization Act*, R.S.A. 1970, c. 341, repealed by S.A. 1972, c. 87; *Sexual Sterilization Act*, R.S.B.C. 1960, c. 353, s. 5(1), repealed by S.B.C. 1973, c. 79.

Moreover, the implications of sterilization are always serious. As we have been reminded, it removes from a person the great privilege of giving birth, and is for practical purpose irreversible. If achieved by means of a hysterectomy, the procedure approved by the Appeal Division, it is not only irreversible; it is major surgery. Here, it is well to recall Lord Eldon's admonition in *Wellesley's case*, *supra*, at 2 Russ. p. 18, 38 E.R. p. 242, that "it has always been the principle of this Court, not to risk the incurring of damage to children which it cannot repair, but rather to prevent the damage being done". Though this comment was addressed to children, who were the subject matter of the application, it aptly describes the attitude that should always be present in exercising a right on behalf of a person who is unable to do so.

Another factor merits attention. Unlike most surgical procedures, sterilization is not one that is ordinarily performed for the purpose of medical treatment. The Law Reform Commission of Canada tells us this in *Sterilization*, Working Paper 24 (1979), a publication to which I shall frequently refer as providing a convenient summary of much of the work in the field. It says at p. 3:

Sterilization as a medical procedure is distinct, because except in rare cases, if the operation is not performed, the *physical* health of the person involved is not in danger, necessity or emergency not normally being factors in the decision to undertake the procedure. In addition to its being elective it is for all intents and purposes irreversible.

Cette attitude a été aidée et encouragée par les théories eugéniques qui sont maintenant discréditées, mais dont l'influence se faisait sentir au pays aussi bien qu'aux États-Unis. Deux provinces, l'Alberta et la Colombie-Britannique, ont déjà eu des lois prévoyant la stérilisation des déficients mentaux; *The Sexual Sterilization Act*, R.S.A. 1970, chap. 341, abrogée par S.A. 1972, chap. 87; *Sexual Sterilization Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 353, par. 5(1), abrogée par S.B.C. 1973, chap. 79.

En outre, les conséquences de la stérilisation sont toujours graves. Comme on nous l'a rappelé, la stérilisation enlève à une personne le grand privilège de procréer et est à toute fin pratique irréversible. Si elle est effectuée par hystérectomie, l'acte médical approuvé par la Division d'appel, elle est non seulement irréversible, mais il s'agit d'une intervention chirurgicale majeure. En l'espèce, il convient de rappeler l'avertissement de lord Eldon dans *Wellesley*, précité, à 2 Russ. p. 18, 38 E.R. p. 242, selon lequel [TRADUCTION] «cette Cour a toujours eu pour principe de ne pas risquer de causer un préjudice irréparable aux enfants mais plutôt d'empêcher que le préjudice soit causé». Bien que cette remarque visât les enfants, qui faisaient l'objet de la demande, elle décrit avec justesse l'attitude qui devrait toujours être adoptée lorsqu'on exerce un droit au nom d'une personne qui est incapable de le faire.

Un autre facteur mérite d'être examiné. Contrairement à la plupart des interventions chirurgicales, la stérilisation n'est pas habituellement exécutée à des fins de traitement médical. C'est ce que la Commission de réforme du droit du Canada nous dit dans *Stérilisation*, document de travail 24 (1979), une publication que je mentionnerai fréquemment car elle donne un résumé pratique du travail qui a été accompli dans ce domaine. Elle dit à la p. 3:

En tant que technique médicale, la stérilisation présente des caractéristiques particulières. D'une part, sauf circonstances rares, l'intervention peut très bien n'être pas pratiquée sans pour cela mettre en danger la santé *physique* de la personne concernée. Normalement, la nécessité ou l'urgence ne sont donc pas des facteurs qui entrent en jeu dans la décision de procéder à cette intervention. D'autre part, en plus d'être facultative, elle est, en pratique, irréversible.

As well, there is considerable evidence that non-consensual sterilization has a significant negative psychological impact on the mentally handicapped; see *Sterilization, supra*, at pp. 49-52. The Commission has this to say at p. 50:

It has been found that, like anyone else, the mentally handicapped have individually varying reactions to sterilization. Sex and parenthood hold the same significance for them as for other people and their misconceptions and misunderstandings are also similar. Rosen maintains that the removal of an individual's procreative powers is a matter of major importance and that no amount of *reforming zeal* can remove the significance of sterilization and its effect on the individual psyche.

In a study by Sabagh and Edgerton, it was found that sterilized mentally retarded persons tend to perceive sterilization as a symbol of *reduced* or *degraded* status. Their attempts to *pass for normal* were hindered by negative self perceptions and resulted in withdrawal and isolation rather than striving to conform . . . .

The psychological impact of sterilization is likely to be particularly damaging in cases where it is a result of coercion and when the mentally handicapped have had no children.

In the present case, there is no evidence to indicate that failure to perform the operation would have any detrimental effect on Eve's physical or mental health. The purposes of the operation, as far as Eve's welfare is concerned, are to protect her from possible trauma in giving birth and from the assumed difficulties she would have in fulfilling her duties as a parent. As well, one must assume from the fact that hysterectomy was ordered, that the operation was intended to relieve her of the hygienic tasks associated with menstruation. Another purpose is to relieve Mrs. E. of the anxiety that Eve might become pregnant, and give birth to a child, the responsibility for whom would probably fall on Mrs. E.

I shall dispose of the latter purpose first. One may sympathize with Mrs. E. To use Heilbron J.'s phrase, it is easy to understand the natural feelings of a parent's heart. But the *parens patriae* jurisdiction cannot be used for her benefit. Its exercise is confined to doing what is necessary for the benefit

De même, il y a beaucoup d'éléments de preuve selon lesquels la stérilisation sans consentement a un effet psychologique négatif important sur la personne handicapée mentale; voir *La stérilisation*, précité, aux pp. 54 à 57. Voici ce que la Commission a dit à la p. 55:

On a constaté en outre que le sexe et le désir d'être parent ont la même importance pour elle que pour les autres et comportent les mêmes conceptions erronées et les mêmes incompréhensions. Rosen avance que l'empêchement de procréer pour un individu est une chose d'importance cruciale et donc qu'aucun *zèle réformateur* ne doit faire oublier les conséquences psychologiques profondes de la stérilisation sur l'individu, non plus que ses effets.

Une étude de Sabagh et Edgerton montre que les personnes mentalement retardées ont tendance à percevoir la stérilisation comme le symbole d'une réduction ou d'une dégradation de leur statut. Chez les personnes observées, les efforts pour paraître *normales* étaient en effet compromis par une perception de soi négative et entraînaient des attitudes de retrait et d'isolement plutôt que de favoriser des tentatives d'adaptation . . . .

L'effet psychologique de la stérilisation peut être particulièrement dommageable dans les cas où elle résulte de la coercition et est imposée à des handicapés mentaux qui n'ont jamais eu d'enfants.

En l'espèce, aucun élément de preuve n'indique que ne pas pratiquer l'opération aurait un effet préjudiciable sur la santé physique ou mentale d'Eve. L'opération a pour objet, dans la mesure où le bien-être d'Eve est visé, de la protéger du traumatisme possible de l'accouchement et des problèmes qu'elle pourrait avoir pour remplir ses obligations de parent. De même, le fait que l'on a ordonné une hystérectomie permet de présumer que l'opération était destinée à la soulager des obligations en matière d'hygiène associées aux menstruations. L'opération a également pour but de soulager M<sup>ME</sup> E. de l'inquiétude qu'Eve puisse devenir enceinte et donner naissance à un enfant dont la responsabilité lui incomberait probablement.

Je suis d'avis de régler en premier lieu ce dernier aspect. On peut avoir de la sympathie pour M<sup>ME</sup> E. Pour employer l'expression du juge Heilbron, il est facile de comprendre les sentiments naturels d'un parent. Toutefois, la compétence *parens patriae* ne peut être utilisée à son avantage. Elle doit être

and protection of persons under disability like Eve. And a court, as I previously mentioned, must exercise great caution to avoid being misled by this all too human mixture of emotions and motives. So we are left to consider whether the purposes underlying the operation are necessarily for Eve's benefit and protection.

The justifications advanced are the ones commonly proposed in support of non-therapeutic sterilization (see *Sterilization, passim*). Many are demonstrably weak. The Commission dismisses the argument about the trauma of birth by observing at p. 60:

For this argument to be held valid would require that it could be demonstrated that the stress of delivery was greater in the case of mentally handicapped persons than it is for others. Considering the generally known wide range of post-partum response would likely render this a difficult case to prove.

The argument relating to fitness as a parent involves many value-loaded questions. Studies conclude that mentally incompetent parents show as much fondness and concern for their children as other people; see *Sterilization, supra*, p. 33 et seq., 63-64. Many, it is true, may have difficulty in coping, particularly with the financial burdens involved. But this issue does not relate to the benefit of the incompetent; it is a social problem, and one, moreover, that is not limited to incompetents. Above all it is not an issue that comes within the limited powers of the courts, under the *parens patriae* jurisdiction, to do what is necessary for the benefit of persons who are unable to care for themselves. Indeed, there are human rights considerations that should make a court extremely hesitant about attempting to solve a social problem like this by this means. It is worth noting that in dealing with such issues, provincial sterilization boards have revealed serious differences in their attitudes as between men and women, the poor and

exercée pour faire ce qui est nécessaire à l'avantage des personnes atteintes de déficience comme Eve et pour les protéger. En outre, un tribunal, comme je l'ai mentionné précédemment, doit faire a preuve d'une grande prudence pour éviter d'être induit en erreur par ce mélange trop humain de sentiment et de raison. Alors nous devons examiner les fins pour lesquelles l'opération est demandée pour voir si elles sont nécessairement à l'avantage d'Eve et pour sa protection. b

Les justifications sont celles qui sont habituellement proposées à l'appui de la stérilisation non thérapeutique (voir *Stérilisation, passim*). Un grand nombre sont de toute évidence faibles. La Commission rejette l'argument relatif au traumatisme de la naissance en soulignant à la p. 67: c

Toutefois pour maintenir cet argument, il faudrait pouvoir prouver que le stress causé par l'accouchement est plus grand chez les personnes mentalement handicapées que chez les autres. Cette preuve semble difficile à faire. Il est à peine besoin à cet égard de mentionner, tant elle est connue, la grande variété des réactions post-natales. d

L'argument relatif à la capacité d'agir à titre de parents comporte un grand nombre de questions de valeurs. Des études concluent que les parents atteints de déficience mentale ont autant d'affection et d'attention pour leurs enfants que les autres personnes; voir *La stérilisation, précité*, p. 34 et suiv., 70 et 71. Il est vrai qu'un grand nombre peuvent avoir des difficultés pour se débrouiller, en particulier face au fardeau financier qui en découle. Toutefois, cette question ne se rapporte pas à l'avantage de l'incapable; il s'agit d'un problème social et, en outre, un problème qui ne se limite pas aux incapables. Par-dessus tout il ne s'agit pas d'une question qui relève des pouvoirs limités des tribunaux, en vertu de la compétence *parens patriae*, de faire ce qui est nécessaire pour le bien-être des personnes qui ne sont pas en mesure de prendre soin d'elles-mêmes. En fait, il y a des considérations relatives aux droits de la personne qui devraient faire beaucoup hésiter un tribunal avant de tenter de résoudre un problème social comme celui-ci par ce moyen. Il convient de souligner que, dans l'examen de ces questions, les comités provinciaux de stérilisation ont démontré de profondes divergences dans leurs attitudes envers les hommes et les femmes, les pauvres et les e f g h i j

the rich, and people of different ethnic backgrounds; see *Sterilization, supra*, at p. 44.

As far as the hygienic problems are concerned, the following view of the Law Reform Commission (at p. 34) is obviously sound:

... if a person requires a great deal of assistance in managing their own menstruation, they are also likely to require assistance with urinary and fecal control, problems which are much more troublesome in terms of personal hygiene.

Apart from this, the drastic measure of subjecting a person to a hysterectomy for this purpose is clearly excessive.

The grave intrusion on a person's rights and the certain physical damage that ensues from non-therapeutic sterilization without consent, when compared to the highly questionable advantages that can result from it, have persuaded me that it can never safely be determined that such a procedure is for the benefit of that person. Accordingly, the procedure should never be authorized for non-therapeutic purposes under the *parens patriae* jurisdiction.

To begin with, it is difficult to imagine a case in which non-therapeutic sterilization could possibly be of benefit to the person on behalf of whom a court purports to act, let alone one in which that procedure is necessary in his or her best interest. And how are we to weigh the best interests of a person in this troublesome area, keeping in mind that an error is irreversible? Unlike other cases involving the use of the *parens patriae* jurisdiction, an error cannot be corrected by the subsequent exercise of judicial discretion. That being so, one need only recall Lord Eldon's remark, *supra*, that "it has always been the principle of this Court, not to risk damage to children which it cannot repair" to conclude that non-therapeutic sterilization may not be authorized in the exercise of the *parens patriae* jurisdiction. McQuaid J. was, therefore, right in concluding that he had no authority or jurisdiction to grant the application.

riches, et les personnes d'origine ethniques différentes; voir *La stérilisation, précité*, à la p. 48.

Pour ce qui est des problèmes d'hygiène, l'opinion suivante de la Commission de réforme du droit (à la p. 37) est de toute évidence fondée:

Il est d'ailleurs probable qu'une personne qui doit être assistée pour son hygiène menstruelle devra l'être aussi pour le contrôle urinaire et fécal, problèmes d'hygiène qui causent encore plus d'ennuis.

Outre ces raisons, la mesure sévère qui consiste à soumettre une personne à une hystérectomie à cette fin, est clairement excessive.

La comparaison entre la grave atteinte au droit d'une personne et le préjudice physique certain qui découle d'une stérilisation non thérapeutique sans consentement, et les avantages très douteux qui peuvent en résulter, m'a persuadé qu'on ne peut jamais déterminer d'une manière certaine qu'un tel acte médical est à l'avantage de cette personne. Par conséquent, l'acte médical ne devrait jamais être autorisé à des fins non thérapeutiques en vertu de la compétence *parens patriae*.

Tout d'abord, il est difficile d'imaginer un cas où la stérilisation non thérapeutique pourrait être à l'avantage de la personne au nom de laquelle la cour se propose d'agir, sans parler d'un cas où l'acte médical est nécessaire dans l'intérêt de la personne. Et comment allons-nous soupeser l'intérêt d'une personne dans ce domaine délicat, en gardant à l'esprit qu'une erreur est irréversible? À la différence des autres cas où la compétence *parens patriae* entre en jeu, le tribunal ne peut pas rectifier une erreur par l'exercice ultérieur de son pouvoir discrétionnaire. Ceci étant, il suffit de rappeler la remarque de lord Eldon, précitée, que [TRADUCTION] «cette Cour a toujours eu pour principe de ne pas risquer de causer un préjudice irréparable aux enfants mais plutôt d'empêcher que le préjudice soit causé», pour conclure qu'une stérilisation non thérapeutique ne peut être autorisée dans l'exercice de la compétence *parens patriae*. Le juge McQuaid a donc eu raison de conclure qu'il n'avait pas le pouvoir ni la compétence pour accorder la demande.

Nature or the advances of science may, at least in a measure, free Eve of the incapacity from which she suffers. Such a possibility should give the courts pause in extending their power to care for individuals to such irreversible action as we are called upon to take here. The irreversible and serious intrusion on the basic rights of the individual is simply too great to allow a court to act on the basis of possible advantages which, from the standpoint of the individual, are highly debatable. Judges are generally ill-informed about many of the factors relevant to a wise decision in this difficult area. They generally know little of mental illness, of techniques of contraception or their efficacy. And, however well presented a case may be, it can only partially inform. If sterilization of the mentally incompetent is to be adopted as desirable for general social purposes, the legislature is the appropriate body to do so. It is in a position to inform itself and it is attuned to the feelings of the public in making policy in this sensitive area. The actions of the legislature will then, of course, be subject to the scrutiny of the courts under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and otherwise.

Many of the factors I have referred to as showing that the best interests test is simply not a sufficiently precise or workable tool to permit the *parens patriae* power to be used in situations like the present are referred to in *Matter of Guardianship of Eberhardy, supra*. Speaking for the court in that case, Heffernan J. had this to say, at p. 894:

Under the present state of the law, the only guideline available to circuit courts faced with this problem appears to be the "best interests" of the person to be sterilized. This is a test that has been used for a number of years in this jurisdiction and elsewhere in the determination of the custody of children and their placement—in some circumstances placement in a controlled environment . . . No one who has dealt with this standard has expressed complete satisfaction with it. It is not an objective test, and it is not intended to be. The

La nature de la recherche scientifique ou les progrès dans ce domaine peuvent, du moins dans une certaine mesure, faire disparaître l'incapacité dont Eve souffre. Une telle possibilité devrait faire hésiter les tribunaux à étendre leur pouvoir de s'occuper des personnes jusqu'à prendre une mesure irréversible comme on nous demande de le faire en l'espèce. L'atteinte irréversible et grave des droits fondamentaux d'une personne est simplement trop grande pour permettre à un tribunal d'agir sur le fondement d'avantages possibles qui, du point de vue de la personne, sont extrêmement contestables. Les juges sont généralement mal renseignés sur un grand nombre de facteurs qui seraient pertinents pour rendre une sage décision dans ce domaine difficile. Ils connaissent généralement peu de choses de la maladie mentale, des techniques de contraception ou de leur efficacité. De plus, même si l'affaire est bien présentée, elle ne peut seulement que donner des renseignements partiels. Si la stérilisation du déficient mental doit être pratiquée parce qu'elle est souhaitable à des fins sociales générales, la législature est le corps approprié pour en décider. Elle est dans une position qui lui permet de se renseigner et elle est au courant des sentiments du public pour adopter une politique dans ce domaine délicat. Évidemment, les actions de la législature seront alors assujetties à l'examen minutieux des tribunaux aux termes de la *Charte canadienne des droits et libertés* et autrement.

Plusieurs des facteurs que j'ai mentionnés et qui indiquent que le critère de l'intérêt de la personne n'est pas un outil suffisamment précis ni pratique pour permettre qu'on utilise la compétence *parens patriae* dans des situations comme la présente, sont mentionnés dans *Matter of Guardianship of Eberhardy*, précité. Parlant au nom de la cour, le juge Heffernan a dit à la p. 894:

[TRADUCTION] Dans l'état actuel du droit, la seule ligne directrice dont disposent les cours de circuit aux prises avec ce problème paraît être celle de «l'intérêt» de la personne à stériliser. Il s'agit d'un critère qui est utilisé depuis un certain nombre d'années par ce tribunal et ailleurs pour décider de la garde des enfants et de leur placement—dans certaines circonstances le placement dans un environnement contrôlé . . . Personne n'a exprimé une satisfaction complète après avoir utilisé cette norme. Il ne s'agit pas d'un critère objectif et il

substantial workability of the test rests upon the informed fact-finding and the wise exercise of discretion by trial courts engendered by long experience with the standard. Importantly, however, most determinations made in the best interests of a child or of an incompetent person are not irreversible; and although a wrong decision may be damaging indeed, there is an opportunity for a certain amount of empiricism in the correction of errors of discretion. Errors of judgment or revisions of decisions by courts and social workers can, in part at least, be rectified when new facts or second thoughts prevail. And, of course, alleged errors of discretion in exercising the "best interest" standard are subject to appellate review. Sterilization as it is now understood by medical science is, however, substantially irreversible.

Heffernan J. also alluded to the limited capacity of judges to deal adequately with a problem that has such general social overtones in the following passage, at p. 895:

What these facts demonstrate is that courts, even by taking judicial notice of medical treatises, know very little of the techniques or efficacy of contraceptive methods or of thwarting the ability to procreate by methods short of sterilization. While courts are always dependent upon the opinions of expert witnesses, it would appear that the exercise of judicial discretion unguided by well thought-out policy determinations reflecting the interest of society, as well as of the person to be sterilized, are hazardous indeed. Moreover, all seriously mentally retarded persons may not *ipso facto* be incapable of giving birth without serious trauma, and some may be good parents. Also, there has been a discernible and laudable tendency to "mainstream" the developmentally disabled and retarded. A properly thought out public policy on sterilization or alternative contraceptive methods could well facilitate the entry of these persons into a more nearly normal relationship with society. But again this is a problem that ought to be addressed by the legislature on the basis of fact-finding and the opinions of experts.

The foregoing, of course, leaves out of consideration therapeutic sterilization and where the line is to be drawn between therapeutic and non-therapeutic sterilization. On this issue, I simply

n'est pas destiné à l'être. Le caractère essentiellement pratique du critère dépend de la recherche bien documentée et de l'exercice judiciaire du pouvoir discrétionnaire par les tribunaux de première instance découlant d'une longue expérience de la norme. Toutefois, il est important de signaler que la plupart des décisions prises dans l'intérêt de l'enfant ou d'un incapable ne sont pas irréversibles; et bien qu'une décision erronée puisse en fait causer un préjudice, on peut avec un certain empirisme, corriger les erreurs résultant de l'application d'un pouvoir discrétionnaire. Les erreurs de jugement ou les révisions des décisions par les tribunaux et les travailleurs sociaux peuvent, en partie du moins, être rectifiées lorsque des faits nouveaux ou une nouvelle réflexion prévalent. Et, il va sans dire, les présumées erreurs en matière de pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de la norme de «l'intérêt de la personne» font l'objet d'une révision par les tribunaux d'appel. Toutefois, la stérilisation selon la science médicale actuelle est essentiellement irréversible.

Le juge Heffernan a également fait allusion au pouvoir limité des juges de traiter adéquatement d'un problème qui comporte de tels accents sociaux généraux dans le passage suivant à la p. 895:

[TRADUCTION] Ces faits démontrent que les tribunaux, même en admettant d'office les traités de médecine, connaissent très peu de choses au sujet des techniques ou de l'efficacité des méthodes de contraception ou sur la manière d'empêcher la procréation par des méthodes autres que la stérilisation. Bien que les tribunaux dépendent toujours de l'opinion des témoins experts, l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire qui n'est pas guidé par des décisions de politique bien pensées traduisant l'intérêt de la société ainsi que celui de la personne qui doit être stérilisée, est bien dangereux. De plus, toutes les personnes gravement atteintes de déficience mentale ne sont pas *ipso facto* incapables de donner naissance sans un traumatisme grave et certaines peuvent être de bons parents. De même, il y a une tendance visible et louable d'«intégration» des déficients physiques et mentaux. Une politique bien pensée en matière de stérilisation ou d'autres méthodes de contraception pourrait très bien faciliter l'intégration plus normale de ces personnes dans la société. Mais encore une fois, il s'agit d'un problème qui devrait être examiné par la législature sur le fondement des conclusions et des opinions des experts.

Évidemment, le paragraphe qui précède ne traite pas de la stérilisation thérapeutique, ni de l'endroit où doit se situer la démarcation entre stérilisation thérapeutique et non thérapeutique.

repeat that the utmost caution must be exercised commensurate with the seriousness of the procedure. Marginal justifications must be weighed against what is in every case a grave intrusion on the physical and mental integrity of the person.

It will be apparent that my views closely conform to those expressed by Heilbron J. in *Re D, supra*. She was speaking of an infant, but her remarks are equally applicable to an adult. The importance of maintaining the physical integrity of a human being ranks high in our scale of values, particularly as it affects the privilege of giving life. I cannot agree that a court can deprive a woman of that privilege for purely social or other non-therapeutic purposes without her consent. The fact that others may suffer inconvenience or hardship from failure to do so cannot be taken into account. The Crown's *parens patriae* jurisdiction exists for the benefit of those who cannot help themselves, not to relieve those who may have the burden of caring for them.

I should perhaps add, as Heilbron J. does, that sterilization may, on occasion, be necessary as an adjunct to treatment of a serious malady, but I would underline that this, of course, does not allow for subterfuge or for treatment of some marginal medical problem. Heilbron J. was referring, as I am, to cases where such treatment is necessary in dealing with a serious condition. The recent British Columbia case of *Re K, supra*, is at best dangerously close to the limits of the permissible.

The foregoing remarks dispose of the arguments based on the traditional view of the *parens patriae* jurisdiction as exercised in this country. Counsel for the respondent strongly contended, however, that the Court should adopt the substituted judgment test recently developed by a number of state courts in the United States. That test, he submitted, is to be preferred to the best interests test because it places a higher value on the individual-

Sur cette question, je répète simplement qu'il faut faire preuve de la plus grande prudence qui doit être proportionnelle à la gravité de l'acte médical. Il faut évaluer les justifications marginales par rapport à ce qui, dans chaque cas, constitue une grave atteinte à l'intégrité physique et mentale de la personne.

On aura noté que mon point de vue suit de près celui exprimé par le juge Heilbron dans *Re D*, précité. Elle parlait d'un mineur, mais ses remarques s'appliquent également à un adulte. L'importance du maintien de l'intégrité physique d'un être humain se situe en haut dans notre échelle de valeurs, particulièrement en ce qui a trait au privilège de procréer. Je ne peux convenir qu'un tribunal puisse priver une femme de ce privilège à des fins purement sociales ou à d'autres fins non thérapeutiques sans son consentement. On ne peut tenir compte du fait que d'autres personnes peuvent subir des préjudices ou des inconvénients en raison de la non-intervention du tribunal. La compétence *parens patriae* de la Couronne existe pour le bénéfice de ceux qui ne peuvent s'aider eux-mêmes, non pas pour aider ceux qui peuvent avoir le fardeau de s'en occuper.

Il convient sans doute d'ajouter, comme le juge Heilbron le fait, que la stérilisation peut, à l'occasion, être nécessaire comme complément au traitement d'une maladie grave, mais je veux souligner que cela ne permet évidemment pas d'utiliser des subterfuges ou des traitements de problèmes médicaux marginaux. Le juge Heilbron faisait mention, comme moi, d'affaires dans lesquelles un tel traitement était nécessaire pour traiter un état grave. La décision récente rendue en Colombie-Britannique dans l'affaire *Re K*, précité, est au mieux dangereusement près des limites de ce qui peut être permis.

Les remarques qui précèdent règlent les arguments fondés sur l'opinion traditionnelle à l'égard de la compétence *parens patriae* et de son exercice dans ce pays. Toutefois l'avocat de l'intimée a fermement soutenu que la Cour devrait adopter le critère de la substitution de jugement qui a récemment été élaboré par un certain nombre de tribunaux d'États américains. Il a soutenu que ce critère doit être préféré au critère de l'intérêt de la

ity of the mentally incompetent person. It affords that person the same right, he contended, as a competent person to choose whether to procreate or not.

There is an obvious logical lapse in this argument. I do not doubt that a person has a right to decide to be sterilized. That is his or her free choice. But choice presupposes that a person has the mental competence to make it. It may be a matter of debate whether a court should have the power to make the decision if that person lacks the mental capacity to do so. But it is obviously fiction to suggest that a decision so made is that of the mental incompetent, however much the court may try to put itself in her place. What the incompetent would do if she or he could make the choice is simply a matter of speculation. The sophistry embodied in the argument favouring substituted judgment has been fully revealed in *Eberhardy*, *supra*, at p. 893 where in discussing *Grady*, *supra*, the court stated:

The fault we find in the New Jersey case is the *ratio decidendi* of first concluding, correctly we believe, that the right to sterilization is a personal choice, but then equating a decision made by others with the choice of the person to be sterilized. It clearly is not a personal choice, and no amount of legal legerdemain can make it so.

We conclude that the question is not choice because it is sophistry to refer to it as such, but rather the question is whether there is a method by which others, acting in behalf of the person's best interests and in the interests, such as they may be, of the state, can exercise the decision. Any governmentally sanctioned (or ordered) procedure to sterilize a person who is incapable of giving consent must be denominated for what it is, that is, the state's intrusion into the determination of whether or not a person who makes no choice shall be allowed to procreate.

Counsel for the respondent's argument in favour of a substituted judgment test was made essentially on a common law basis. However, he also argued that there is what he called a fundamental right to free procreative choice. Not only, he

personne, car il donne une plus grande valeur à l'individualité de la personne atteinte de déficience mentale. Selon lui, il accorde à cette personne le même droit qu'une personne qui n'est pas déficiente de choisir de procréer ou non.

Il y a une faille de logique évidente dans cet argument. Je ne doute pas qu'une personne ait le droit de décider d'être stérilisée. C'est son libre choix. Mais le choix présuppose qu'une personne a la capacité mentale pour le faire. On peut discuter de la question de savoir si un tribunal devrait avoir le pouvoir de prendre la décision si cette personne n'a pas la capacité mentale de le faire. Toutefois, il est évidemment illusoire de dire qu'une telle décision est celle de la personne atteinte de déficience mentale, même si le tribunal tente de se mettre à sa place. On peut simplement imaginer ce que le déficient ferait s'il pouvait choisir. Le sophisme contenu dans l'argument à l'appui de la substitution de jugement a été entièrement mis à jour dans l'affaire *Eberhardy*, précitée, à la p. 893 où, en analysant l'arrêt *Grady*, précité, la cour a dit:

[TRADUCTION] Le défaut que nous constatons dans l'arrêt du New Jersey, est la *ratio decidendi* dans laquelle on conclut d'abord, à juste titre selon nous, que le droit à la stérilisation est un choix personnel, pour ensuite faire correspondre la décision prise par d'autres personnes avec le choix de la personne qui doit être stérilisée. De toute évidence, il ne s'agit pas d'un choix personnel et aucun tour de passe-passe juridique ne peut le rendre tel.

Nous concluons qu'il ne s'agit pas d'une question de choix parce que c'est un sophisme d'en faire mention comme tel, mais plutôt la question est de savoir s'il existe une méthode au moyen de laquelle les autres, agissant dans l'intérêt de la personne et dans l'intérêt, quel qu'il soit, de l'État peuvent prendre cette décision. Toute procédure autorisée par le gouvernement (ou ordonnée par celui-ci) en vue de stériliser une personne qui est incapable d'y consentir doit être désignée pour ce qu'elle est, c'est-à-dire l'ingérence de l'État dans la décision de savoir si l'on doit autoriser à procréer une personne qui ne fait pas de choix.

L'argument de l'avocat de l'intimée en faveur du critère de la substitution de jugement a été présenté essentiellement sur le fondement de la *common law*. Toutefois, il a également soutenu qu'il y avait ce qu'il a appelé le droit fondamental

asserted, is there a fundamental right to bear children; there is as well a fundamental right to choose not to have children and to implement that choice by means of contraception. Starting from the American courts' approach to the due process clause in the United States Constitution, he appears to base this argument on s. 7 of the *Charter*. But assuming for the moment that liberty as used in s. 7 protects rights of this kind (a matter I refrain from entering into), counsel's contention seems to me to go beyond the kind of protection s. 7 was intended to afford. All s. 7 does is to give a remedy to protect individuals against laws or other state action that deprive them of liberty. It has no application here.

Another *Charter* related argument must be considered. In response to the appellant's argument that a court-ordered sterilization of a mentally incompetent person, by depriving that person of the right to procreate, would constitute an infringement of that person's rights to liberty and security of the person under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, counsel for the respondent countered by relying on that person's right to equality under s. 15(1) of the *Charter*, saying "that the most appropriate method of ensuring the mentally incompetent their right to equal protection under s. 15(1) is to provide the mentally incompetent with a means to obtain non-therapeutic sterilizations, which adequately protects their interests through appropriate judicial safeguards". A somewhat more explicit argument along the same lines was made by counsel for the Public Trustee of Manitoba. His position was stated as follows:

It is submitted that in the case of a mentally incompetent adult, denial of the right to have his or her case presented by a guardian *ad litem* to a Court possessing jurisdiction to give or refuse substituted consent to a non-therapeutic procedure such as sterilization, would be tantamount to a denial to that person of equal protection and equal benefit of the law. Such a denial would constitute discrimination on the basis of mental disability, which discrimination is prohibited by Section 15 of *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

du choix de procréer librement. Il a affirmé que non seulement il existait un droit fondamental de porter des enfants; mais qu'il y avait également un droit fondamental de choisir de ne pas avoir d'enfant et d'exercer ce choix au moyen de la contraception. En invoquant le point de vue des tribunaux américains à l'égard de la clause de l'application régulière de la loi dans la Constitution des États-Unis, il paraît fonder son argument sur l'art. 7 de la *Charte*. Toutefois, si l'on présume pour l'instant que la liberté visée dans l'art. 7 protège des droits de ce genre (une question que je m'abstiens d'examiner), l'argument de l'avocat me semble aller plus loin que le genre de protection que devait accorder l'art. 7. Tout ce que l'art. 7 fait, c'est de donner un recours pour protéger les gens contre les lois ou d'autres actions de l'État qui les privent de leur liberté. Il ne s'applique pas en l'espèce.

Il faut examiner un autre argument relatif à la *Charte*. En réponse à l'argument de l'appelante selon lequel la stérilisation d'une personne atteinte de déficience mentale ordonnée par la cour, en la privant du droit de procréer, constituerait une violation des droits de cette personne à la liberté et à la sécurité de la personne garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'avocat de l'intimée a invoqué le droit de cette personne à l'égalité aux termes du par. 15(1) de la *Charte*, en disant [TRADUCTION] «que la méthode la plus appropriée pour assurer aux personnes atteintes de déficience mentale leur droit à une protection égale aux termes du par. 15(1) est de leur donner le moyen d'obtenir une stérilisation non thérapeutique, qui protège adéquatement leurs intérêts par des garanties judiciaires appropriées». L'avocat du curateur public du Manitoba a présenté un argument un peu plus explicite selon les mêmes termes. Sa position est la suivante:

[TRADUCTION] Nous soutenons que dans le cas d'un adulte atteint de déficience mentale le déni du droit d'être représenté par un tuteur d'instance devant un tribunal compétent pour donner ou refuser la substitution de consentement à un acte médical non thérapeutique comme la stérilisation, équivaldrait à nier à cette personne l'égalité de bénéfice et de protection de la loi. Un tel déni constitue une discrimination fondée sur la déficience mentale, ce qui est interdit par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Section 15 of the *Charter* was not in force when these proceedings commenced but, this aside, these arguments appear flawed. They raise in different form an issue already dealt with, i.e., that the decision made by a court on an application to consent to the sterilization of an incompetent is somehow that of the incompetent. More troubling is that the issue is, of course, not raised by the incompetent, but by a third party.

The court undoubtedly has the right and duty to protect those who are unable to take care of themselves, and in doing so it has a wide discretion to do what it considers to be in their best interests. But this function must not, in my view, be transformed so as to create a duty obliging the court, at the behest of a third party, to make a choice between the two alleged constitutional rights—the right to procreate or not to procreate—simply because the individual is unable to make that choice. All the more so since, in the case of non-therapeutic sterilization as we saw, the choice is one the courts cannot safely exercise.

### Other Issues

In light of the conclusions I have reached, it is unnecessary for me to deal with the *Charter* issues raised by the appellant and some of the interveners. It is equally unnecessary to comment at length on some of the subsidiary issues such as the burden of proof required to warrant an order of sterilization and the precautions that judges should, in the interests of justice, take in dealing with applications for such orders. These do not arise because of the view I have taken of the approach the courts should adopt in dealing with applications for non-therapeutic sterilization. Since these issues may arise in cases involving applications for sterilization for therapeutic purposes, however, I will venture a few words about them. Since, barring emergency situations, a surgical procedure without consent ordinarily constitutes battery, it will be obvious that the onus of proving the need for the procedure is on those who seek to have it performed. And that burden, though a civil one, must be commensurate with the seriousness of the meas-

L'article 15 de la *Charte* n'était pas en vigueur au moment où ces procédures ont été engagées mais, cela mis à part, ces arguments paraissent viciés. Ils soulèvent d'une manière différente une question qui a déjà été tranchée, c.-à-d. que la décision d'un tribunal à l'égard d'une demande de consentement à la stérilisation d'une personne atteinte de déficience mentale est en quelque sorte celle du déficient. Ce qui est plus gênant, c'est que la question n'est, évidemment, pas soulevée par l'incapable mais par un tiers.

Il va sans dire que le tribunal a le droit et le devoir de protéger ceux qui sont incapables de prendre soin d'eux-mêmes et a ainsi un grand pouvoir discrétionnaire pour faire ce qu'il estime être dans leur intérêt. Toutefois, cette fonction ne doit pas, à mon avis, être transformée de manière à créer un devoir obligeant le tribunal, sur l'ordre d'un tiers, à choisir entre ce qu'on prétend être deux droits constitutionnels—celui de procréer ou celui de ne pas procréer—simplement parce que la personne est incapable de faire son choix. À plus forte raison si, comme nous l'avons vu dans le cas d'une stérilisation non thérapeutique, les tribunaux ne peuvent pas faire ce choix en toute sécurité.

### Autres questions

Compte tenu des conclusions auxquelles je suis parvenu, il n'est pas nécessaire que je traite des questions relatives à la *Charte* soulevées par l'appelante et certains des intervenants. De plus, il n'est pas nécessaire de faire des observations détaillées sur certaines questions subsidiaires comme le fardeau de la preuve requis pour justifier une ordonnance de stérilisation et les précautions que les juges devraient, dans l'intérêt de la justice, prendre pour traiter les demandes relatives à ces ordonnances. Ces questions ne se posent pas vu la position que j'ai prise à l'égard du point de vue que les tribunaux devraient adopter pour traiter des demandes de stérilisation non thérapeutiques. Étant donné que ces questions peuvent être soulevées dans des affaires portant sur des demandes de stérilisation à des fins thérapeutiques, je me permettrai toutefois de dire quelques mots à leur sujet. Étant donné que, sauf dans les situations d'urgence, une intervention chirurgicale sans consentement constitue habituellement des voies de

ure proposed. In conducting these procedures, it is obvious that a court must proceed with extreme caution; otherwise as MacDonald J. noted, it would open the way for abuse of the mentally incompetent. In particular, in any such proceedings, it is essential that the mentally incompetent have independent representation.

### Conclusion

I would allow the appeal and restore the decision of the judge who heard the application.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Scales, Jenkins & McQuaid, Charlottetown.*

*Solicitors for the respondent: Campbell, McEwen & McLellan, Summerside.*

*Solicitors for the intervener Canadian Mental Health Association: Gowling & Henderson, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Consumer Advisory Committee of the Canadian Association for the Mentally Retarded: Vickers & Palmer, Victoria.*

*Solicitor for the intervener The Public Trustee of Manitoba: The Public Trustee of Manitoba, Winnipeg.*

*Solicitor for the intervener Attorney General of Canada: Roger Tassé, Ottawa.*

fait, il ressort que le fardeau de démontrer la nécessité de l'acte médical incombe à ceux qui en demandent l'exécution. Et ce fardeau, bien qu'il soit civil, doit correspondre à la gravité de la mesure proposée. Dans ces affaires, il est évident qu'un tribunal doit procéder avec une très grande prudence; autrement comme l'a souligné le juge MacDonald, cela ouvrirait la voie à l'abus à l'égard de la personne atteinte de déficience mentale. En particulier, dans de telles affaires, il est essentiel que la personne atteinte de déficience mentale soit représentée de manière indépendante.

### Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la décision du juge qui a entendu la demande.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelante: Scales, Jenkins & McQuaid, Charlottetown.*

*Procureurs de l'intimée: Campbell, McEwen & McLellan, Summerside.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne pour la santé mentale: Gowling & Henderson, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenant le Comité consultatif des consommateurs de l'Association canadienne pour les déficients mentaux: Vickers & Palmer, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le curateur public du Manitoba: Le curateur public du Manitoba, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Roger Tassé, Ottawa.*