

**Dr. Henry Morgentaler** *Appellant;*  
and  
**Her Majesty The Queen** *Respondent;*  
and  
**The Attorney General of Canada et al.**  
*Intervenants.*

1974: October 2, 3, 4, 7; 1975: March 26.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF QUEEN'S BENCH, APPEAL SIDE, PROVINCE OF QUEBEC

*Criminal law—Unlawful abortion—Defences submitted to jury in error—“Necessity” not proven—Exclusion of criminal responsibility in cases of surgical operations not applicable—Verdict of acquittal by a jury—Conviction entered by Court of Appeal—Powers of Court of Appeal—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. 34, ss. 251(1), (4), 45, 613(4)(b), 603, 605.*

Appellant was accused of having procured the miscarriage of a female person by the manipulation and use of an instrument, contrary to s. 251(1) of the *Criminal Code*. During the trial which took place before a judge and jury, he admitted the act, but relied upon the common law defence of necessity and the statutory defence found in s. 45 of the *Criminal Code*.

A verdict of acquittal was returned. A unanimous decision of the Court of Appeal set aside this verdict and a conviction was entered with a direction to the trial judge to pass sentence. Hence the appeal to this Court as of right under s. 618(2) of the *Criminal Code*, on the basis that s. 251 of the *Criminal Code* is unconstitutional; that it is inoperative by virtue of the *Canadian Bill of Rights*; that the preferred indictment was void as constituting an abuse of power by the provincial Attorney General; that the accused was entitled to the benefit of the defences of necessity and of s. 45; that the operation performed was not within the intendment of s. 251; and that the Court of Appeal could not substitute a conviction for an acquittal in a jury trial.

*Held* (Laskin C.J. and Judson and Spence JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ.: Nothing was said to show that there was any

**Dr. Henry Morgentaler** *Appellant;*  
et  
**Sa Majesté la Reine** *Intimée;*  
et

**Le procureur général du Canada et autres Intervenants.**

1974: les 2, 3, 4 et 7 octobre; 1975: le 26 mars.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR DU BANC DE LA REINE, PROVINCE DE QUÉBEC

*Droit criminel—Avortement illégal—Défenses erro-nément soumises au jury—“Nécessité” non prouvée—Exclusion de responsabilité criminelle en cas d'opéra-tions chirurgicales non applicable—Verdict d'acquitte-ment prononcé par jury—Verdict de culpabilité consigné par Cour d'appel—Pouvoirs de la Cour d'appel—Code criminel, S.R.C. 1970, c. 34, art. 251 (1), (4), 45, 613(4)b), 603, 605.*

L'appelant a été accusé d'avoir provoqué l'avortement d'une personne du sexe féminin au moyen de la manipu-lation et de l'emploi d'un instrument, contrairement à l'art. 251(1) du *Code criminel*. Au procès, qui s'est déroulé devant un juge et un jury, il a admis le fait mais il s'est fondé sur le moyen de défense de *common law* la nécessité, et sur le moyen statutaire de l'art. 45 du *Code criminel*.

Un verdict d'acquittement a été rendu. Un jugement unanime de la Cour d'appel a écarté ce verdict et consigné un verdict de culpabilité avec directive au juge de première instance de prononcer la sentence. D'où le pourvoi devant cette Cour, de plein droit en vertu de l'art. 618(2) du *Code criminel*, invoquant l'inconstitu-tionnalité de l'art. 251, sa non-opération vu la *Déclara-tion canadienne des droits*, la nullité de l'inculpation directe comme abus de pouvoir du procureur général de la province, le droit de l'accusé de se prévaloir des moyens de défense fondés sur la nécessité et sur l'art. 45, la non-application de l'art. 251 à l'opération visée et l'absence de pouvoir de la Cour d'appel de substituer une déclaration de culpabilité à l'acquittement prononcé par le jury.

*Arrêt* (le juge en chef Laskin et les juges Judson et Spence étant dissidents): Le pourvoi doit être rejeté.

*Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz et de Grandpré:* On n'a pas démontré qu'il existe quelque

evidence of an urgent necessity for effecting the abortion in disregard of s. 251 of the *Criminal Code*. Therefore, the Court of Appeal was correct in holding that the trial judge erred in putting the defence of necessity before the jury as there was no evidence to support it. It would be wholly inconsistent with the requirements for a legal abortion as they are clearly defined in s. 251, to read s. 45 as protecting from criminal responsibility any person who performs the operation anywhere provided only that it is done with reasonable care and skill having regard to the state of health of the woman. To submit that the operation performed did not come within the intendment of s. 251 is to ignore the meaning of "avortement" in the French version as well as the definition of "means". By specifying the use of an instrument, the section clearly covers a surgical abortion as practised by the accused. As for the conviction entered by the Court of Appeal after the accused had been acquitted by a jury, s. 605(1) of the *Criminal Code*, granting the right of appeal from an acquittal, clearly includes a judgment at trial with or without a jury. Section 613(4) authorizes the Court of Appeal to enter a verdict of guilty where the accused was tried by a jury. Paragraph (b) necessarily applies to a jury verdict after such a trial as well as to an acquittal by a judge. It is true that, as a rule, the duty of a court of appeal is to render the judgment that the trial court should have rendered. However, under our *Criminal Code* in what is clearly a fundamental departure from common law principles, Parliament has not only provided for appeals against acquittals, but has also spelled out the powers which can be exercised on such appeals, including that of entering a verdict of guilty when there has been an acquittal by jury verdict. This is obviously a power to be used with great circumspection.

*Per Martland, Ritchie, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.:* Section 45 of the *Criminal Code* is not available as a defence to a charge under s. 251. Parliament in s. 251 has proscribed as criminal conduct, surgery procuring a miscarriage, except in conformity with precise and detailed protective measures including a qualified medical practitioner and an accredited or approved hospital. Section 251 contains a comprehensive code on the subject of abortions, unitary and complete within itself, which the general language of s. 45 does not touch. Section 45 may be available as an answer to a charge arising out of a surgical operation performed on an

élément de preuve établissant qu'il y avait nécessité urgente de provoquer l'avortement au mépris de l'art. 251 du *Code criminel*. Par conséquent c'est à bon droit que la Cour d'appel a statué que le premier juge a commis une erreur en soumettant au jury la défense de nécessité puisqu'il n'y avait aucune preuve pour l'étayer. Interpréter l'art. 45 comme mettant à couvert de responsabilité criminelle toute personne qui pratique l'opération n'importe où pourvu seulement que l'opération soit pratiquée avec des soins et une habileté raisonnables et soit elle-même raisonnable étant donné l'état de santé de la femme, est totalement incompatible avec les exigences clairement définies à l'art. 251 pour qu'un avortement puisse être légalement pratiqué. C'est méconnaître le sens du mot «avortement» de la version française ainsi que la définition du mot «moyen», que de prétendre que l'opération pratiquée ne serait pas visée par l'art. 251(1). En spécifiant l'emploi d'un instrument, l'article vise clairement un avortement chirurgical comme celui qu'a pratiqué l'accusé. Quant au verdict de culpabilité consigné par la Cour d'appel alors que l'accusé avait été acquitté par un jury, l'art. 605(1) du *Code criminel* conférant le droit d'introduire un recours contre un acquittement vise clairement un jugement de première instance avec ou sans jury. L'article 613(4) autorise la Cour d'appel à consigner un verdict de culpabilité quand l'accusé a subi son procès devant un jury. L'alinéa b) s'applique nécessairement à un verdict d'un jury après un tel procès aussi bien qu'à un acquittement par un juge. Il est vrai qu'en principe le devoir d'une cour d'appel est de rendre le jugement que la Cour de première instance aurait dû rendre. Cependant, en vertu du *Code criminel* dans ce qui est une dérogation fondamentale aux principes de *common law*, le Parlement n'a pas seulement prévu un appel à l'encontre d'un acquittement mais il a aussi spécifié les pouvoirs qui peuvent être exercés lors d'un tel appel, dont celui de consigner un verdict de culpabilité alors qu'il y a eu acquittement prononcé par verdict de jury. C'est évidemment un pouvoir qui ne doit être utilisé qu'avec grande circonspection.

*Les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz et de Grandpré:* L'art. 45 du *Code criminel* n'est pas un moyen de défense à l'encontre d'une accusation en vertu de l'art. 251. Par l'art. 251 le Parlement a proscrit comme un crime grave toute intervention chirurgicale qui procure un avortement, sauf si elle est pratiquée conformément à des mesures de protection précises et détaillées qui comportent un médecin qualifié et un hôpital accrédité ou approuvé. L'article 251 est un code sur l'avortement, entier et complet en lui-même, que les termes généraux de l'art. 45 ne touchent pas. L'article 45 peut valoir comme réponse à une accusation décou-

unconscious patient but it is not available as an answer to a charge of procuring an abortion contrary to s. 251 for s. 251 is concerned with procurement of miscarriage and only remotely, if at all, with surgical operations. As for the defence of necessity, at the very least it must rest upon evidence from which a jury could find (1) that the accused in good faith considered the situation so emergent that failure to terminate the pregnancy immediately could endanger life or health and (2) that upon any reasonable view of the facts compliance with the law was impossible. The evidence did not establish these two conditions and the defence of necessity was not open to the appellant.

*Per Laskin C.J. and Judson and Spence JJ., dissenting:* The contention that s. 251 of the *Criminal Code* was invalid was rejected by this Court because Parliament may determine what is not criminal as well as what is, and may hence introduce dispensations or exemptions in its criminal legislation. Parliament has made a judgment which does not admit of any interference by the Courts. Furthermore, having regard to the residuary feature of federal legislative power, s. 251 cannot be invalidated unless it is shown that it is in relation to a head of exclusive provincial legislative power. This was not proven.

As to the effect of the *Canadian Bill of Rights* upon s. 251, s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* must not be regarded as charging the Courts with supervising the administrative efficiency of legislation or with evaluating the regional or national organization of its administration, in the absence of any touchstone in the legislation itself which would indicate a violation of s. 1(b). There is no judicial basis for impeaching s. 251 under s. 1(b) merely because not all persons affected by s. 251 may find it feasible because of geographical or economic considerations to take shelter under its exculpating terms. Any unevenness in the administration of the relieving provisions is for Parliament to correct and not for the Courts to monitor as being a denial of equality before the law and the protection of the law.

As to the dispensations afforded by compliance with s. 251(4) and (5), they do not involve any issue of deprivation of a right which may require an opportunity to be heard with or without counsel. They simply permit a person to make conduct lawful which would otherwise be unlawful. Furthermore, it is difficult to see how due process of law in s. 1(a) can be said to require express provision for review of a therapeutic abortion commit-

lant d'une opération chirurgicale pratiquée sur un patient inconscient mais il n'est pas un moyen de défense à l'encontre de l'accusation d'avoir procuré un avortement contrairement à l'art. 251 car l'art. 251 vise le fait de procurer un avortement, et il n'a qu'un rapport lointain, s'il en a un, avec les opérations chirurgicales. Quant à l'excuse de nécessité, elle doit à tout le moins reposer sur une preuve d'où un jury puisse conclure (1) que l'accusé a de bonne foi considéré la situation si urgente que ne pas interrompre la grossesse immédiatement pouvait mettre en danger la vie ou la santé et (2) que selon toute façon raisonnable de voir les faits l'observation de la loi était impossible. La preuve de ces deux conditions n'a pas été établie et l'excuse de nécessité ne pouvait être invoquée par l'appelant.

*Le juge en chef Laskin et les juges Judson et Spence, dissidents:* La contestation de la validité de l'art. 251 du *Code criminel* a été rejetée par cette Cour parce que le Parlement peut déterminer ce qui n'est pas criminel aussi bien que ce qui l'est, et il peut par conséquent introduire dans ses lois pénales des dispenses ou des immunités. Son jugement ne tolère aucune intervention des tribunaux. De plus, compte tenu de l'aspect résiduaire des pouvoirs législatifs fédéraux, l'art. 251 ne peut être déclaré invalide à moins qu'on ne démontre qu'il relève d'un chef énuméré de pouvoir législatif provincial exclusif. Cette preuve n'a pas été faite.

Quant à l'effet sur l'art. 251 de la *Déclaration canadienne des droits*, l'art. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* ne confie pas aux tribunaux la surveillance du fonctionnement des lois ni l'appréciation de la façon dont leur administration est organisée à l'échelle régionale ou nationale, en l'absence, dans la loi elle-même, de quelque critère qui indique une violation de l'art. 1 b). Il n'y a rien qui permette aux tribunaux d'invalider l'art. 251 en vertu de l'art. 1 b) sous prétexte que les personnes visées ne pourront peut-être pas toutes, en raison de considérations géographiques ou économiques, se prévaloir de ses clauses justificatives. Toute inégalité dans l'administration des dispositions d'immunité est du ressort du Parlement; il n'appartient pas aux tribunaux de la contrôler à titre de l'égalité devant la loi et de la protection de la loi.

Quant à l'immunité accordée à la femme qui se conforme aux par. (4) et (5) de l'art. 251, elle ne comporte pas de privation du droit qui exige qu'elle soit entendue avec ou sans avocat. On permet seulement de poser légalement un geste qui autrement serait illégal. De plus on ne peut pas dire que l'application régulière de l'art. 1 a) de la *Déclaration canadienne des droits* peut exiger que l'on prévoit expressément la révision des

tee's decisions or can require that reasons be given for these.

The contention that the standard upon which therapeutic abortion committees must act is uncertain and subjective must be rejected. Parliament could assign an exercise of judgment as to the danger of continuation of pregnancy to a professional group without colliding with any imperatives called for by due process of law under s. 1(a).

Finally, it cannot be said that the mere prohibition of abortions save as permitted by s. 251(4)(5) involves any imposition of treatment nor that a physician or other person who runs foul of the abortion law is subjected to cruel or unusual punishment if he is sentenced to a term of imprisonment for his criminal conduct. That would mean ignoring the contextual importance of the words "impose" and "imposition". Furthermore the propositions that the accused had a right to a preliminary inquiry and that he had a right to have the indictment screened by a grand jury before its presentation to the Court must be rejected. Modes of trial or modes of bringing an accused to trial are not, by reason of their number, in violation of s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*.

As to the legal issues raised under the *Criminal Code*, not only does s. 45 remain available as a defence but there was also evidence upon which the trial judge could leave that defence to the jury. In charging the jury on this defence, the trial judge proceeded to outline the elements of a s. 45 defence and then to relate the evidence to those elements by explaining that the required regard "to all the circumstances of the case" brought into play s. 251(4) itself as a circumstance bearing on the resort to s. 45.

Since the charge arose out of a surgical operation and since provision existed for a lawful therapeutic abortion under s. 251(4), the evidentiary question, in the light of the law that was put to the jury on necessity, was whether there were more emergent circumstances than those reflected in s. 45 upon which the jury could act, if it so chose, despite the provision for a lawful abortion under s. 251(4). There was some such evidence, and it was for the jury to say whether, in the circumstances, the harm sought to be avoided was an immediate and physical one, and whether there was enough of an emergency in this respect facing the accused as to make it certain that there could be no effective resort to the machinery of s. 251(4) to cope with the emergency. The sufficiency of evidence on any issue is a matter for the jury, which alone is charged to accept what it chooses

décisions des comités de l'avortement thérapeutique ou que ces décisions soient motivées.

La prétention que le critère prescrit aux comités de l'avortement thérapeutique est imprécis et subjectif ne peut être retenue. Le Parlement peut confier à un groupe d'homme de l'art l'exercice d'un jugement quant au danger de la continuation d'une grossesse sans heurter d'impératif issu de l'exigence d'application régulière de l'art 1 a).

Enfin, on ne peut admettre que la simple interdiction de pratiquer des avortements de façon autre que celle permise par les par. (4) et (5) de l'art. 251 comporte quelque imposition de traitement, ni qu'un médecin ou une autre personne qui agit à l'encontre des lois sur l'avortement est soumis à une peine cruelle ou inusitée s'il est condamné à une période d'emprisonnement à la suite de son comportement criminel. Ce serait méconnaître l'importance contractuelle des mots «infliger» et «imposition». De plus la prétention que l'accusé avait droit à une enquête préliminaire et à ce que l'acte d'accusation soit examiné par un grand jury avant d'être présenté à la Cour, doit être rejetée. L'existence de plusieurs modes de procès ou de modes de citation à procès n'est pas, du fait de cette diversité, une violation de l'art. 1 b) de la *Déclaration canadienne des droits*.

Quant aux questions soulevées selon le *Code criminel*, non seulement l'art. 45 reste admissible comme moyen de défense mais aussi il y avait sur ce point des éléments de preuve dont le juge pouvait laisser l'appréciation au jury. En lui donnant ses directives sur ce moyen de défense, le juge en a exposé les éléments et a ensuite fait le lien entre la preuve et ces éléments en expliquant que l'exigence de considérer «toutes les autres circonstances de l'espèce» fait entrer en ligne de compte l'art. 251(4) à titre de circonstance pouvant avoir un effet sur le recours à l'art. 45.

Comme l'inculpation résulte d'une opération chirurgicale et comme il existe une disposition prévoyant un avortement thérapeutique légal sous le régime de l'art. 251(4), la question quant à la preuve, à la lumière du droit qui a été expliqué au jury sur la nécessité, était de savoir s'il y avait des circonstances plus urgentes que celles évoquées dans l'art. 45 sur lesquelles le jury pouvait prononcer un acquittement s'il le jugeait à propos, malgré la disposition prévoyant l'avortement légal sous le régime de l'art. 251(4). Il y avait de tels éléments de preuve et il appartenait au jury de dire si dans de telles circonstances le mal qu'on a cherché à éviter était immédiat et physique et si la situation à laquelle devait faire face l'accusé était suffisamment urgente à cet égard pour qu'il fût certain qu'on ne pouvait recourir efficacement aux mécanismes de l'art.

and to weigh what it accepts in the light of the law given to it by the trial judge. The jury discharged this function in this case; and once it is decided that there was evidence to go to the jury on the two defences which were properly left to the jury, the jury's verdict is not one which can be lightly interfered with by an Appellate Court.

[*Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449; *R. v. Bourne*, [1939] 1 K.B. 687; *Belyea v. The King*, [1932] S.C.R. 279, [1931] O.R. 699; *Ciglen v. The Queen*, [1970] S.C.R. 804; *Wild v. The Queen*, [1971] S.C.R. 101; *R. v. Heyes*, [1951] 1 K.B. 29; *R. v. Hancock*, [1931] 100 L.J.K.B. 419; *Savard and Lizotte v. The King*, [1946] S.C.R. 20; *U.S. v. Holmes* (1842), 26 Fed. Cas. 360; *R. v. Dudley and Stephens* (1884), 14 Q.B.D. 273; *Gregson v. Gilbert* (1783), 3 Dougl. 232; *Mouse's Case* (1609), 12 Co. Rep. 63; *Southwark London Borough Council v. Williams*, [1971], 1 Ch. 734, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Queen's Bench, Appeal Side<sup>1</sup>, Province of Quebec, setting aside the jury verdict of acquittal and entering a conviction without ordering a new trial. Appeal dismissed, Laskin C.J. and Judson and Spence JJ. dissenting.

*Claude A. Sheppard, Charles E. Flam and Y. Bolduc*, for the appellant.

*Louis Guy Robichaud, Q.C.*, for the respondent.

*John Scollin, Q.C.*, and *G. F. Pinos*, for the Attorney General of Canada.

*Clayton Ruby*, for the Foundation for Women in Crisis.

*Edward Greenspan*, for the Canadian Civil Liberties Association.

*B. Finlay*, for the Alliance for Life.

*E. Colas, Q.C.*, for the Association des médecins du Québec and the Front Commun pour le Respect de la vie.

*James O'Reilly*, for the Fondation pour la vie.

251(4). La suffisance de la preuve sur une question relève du jury, qui seul a la mission d'accepter ce qu'il veut et d'apprécier ce qu'il accepte à la lumière des directives sur le droit reçues du juge au procès. Le jury en l'espèce a rempli cette fonction; et dès qu'il est décidé qu'il existait des éléments de preuve à soumettre au jury sur les deux moyens de défense qui lui ont à bon droit été soumis, le verdict de ce dernier n'en est pas un qu'une Cour d'appel peut modifier à la légère.

[Arrêts mentionnés: *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449; *R. v. Bourne*, [1939] 1 K.B. 687; *Belyea c. Le Roi*, [1932] R.C.S. 279, [1931] O.R. 699; *Ciglen c. La Reine*, [1970] R.C.S. 804; *Wild c. La Reine*, [1971] R.C.S. 101; *R. v. Heyes*, [1951] 1 K.B. 29; *R. v. Hancock*, [1931] 100 L.J.K.B. 419; *Savard & Lizotte c. Le Roi*, [1946] R.C.S. 20; *U.S. v. Holmes* (1842), 26 Fed. Cas. 360; *R. v. Dudley and Stephens* (1884), 14 Q.B.D. 273; *Gregson v. Gilbert* (1783), 3 Dougl. 232; *Mouse* (1609), 12 Co. Rep. 63; *Southwark London Borough Council v. Williams*, [1971] 1 Ch. 734.]

APPEL d'un jugement de la Cour du Banc de la Reine<sup>1</sup>, province de Québec, écartant le verdict d'acquittement d'un jury et consignant un verdict de culpabilité sans ordonner de nouveau procès. Appel rejeté, le juge en chef Laskin et les juges Judson et Spence étant dissidents.

*Claude A. Sheppard, Charles E. Flam et Y. Bolduc*, pour l'appelant.

*Louis Guy Robichaud, c.r.*, pour l'intimé.

*John Scollin, c.r.*, et *G. F. Pinos*, pour le Procureur général du Canada.

*Clayton Ruby*, pour la Foundation for Women in Crisis.

*Edward Greenspan*, pour le Canadian Civil Liberties Association.

*B. Finlay*, pour l'Alliance for life.

*E. Colas, c.r.*, pour l'Association des médecins du Québec et le Front Commun pour le Respect de la vie.

*James O'Reilly*, pour la Fondation pour la vie.

The judgment of Laskin C.J. and Judson and Spence JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—This appeal, which is before this Court as of right under s. 618(2) of the *Criminal Code*, presents the highly unusual, if not the singularly exceptional, situation of an appellate court itself entering a conviction after setting aside a jury verdict of acquittal. The appellant, Dr. Henry Morgentaler, was acquitted on the verdict of a jury of unlawfully procuring the miscarriage of a female person, contrary to s. 251 of the *Criminal Code*. That verdict was set aside and a conviction was entered by the Quebec Court of Appeal which found it unnecessary to send the case back for a new trial. The five judges who constituted the court, unanimous in result but not in their reasons, concentrated on the two defences that the trial judge had left to the jury, a defence under s. 45 of the *Criminal Code* and the common law defence of necessity preserved by s. 7(3) of the *Criminal Code*. It was the opinion of the court that s. 45 was not available as a defence to a charge under s. 251 (or, in the opinion of at least one of the judges, if open, was not applicable in this particular case) and that the defence of necessity, in so far as it differed in this case from s. 45 and in so far as it could be a separate defence, was not supported by any evidence that would bring it into play on the facts of this case in respect of all, or at least one of the elements in respect of which the defence had to raise a reasonable doubt.

The appeal from the conviction by the Quebec Court of Appeal is founded on the defences which the trial judge had put to the jury and as well on a number of other matters, set out below, going to the merits of the charge and the acquittal at trial. In addition, the appellant has challenged the constitutional validity of s. 251 and has also contested its operative effect in the light of the *Canadian Bill of Rights*. Intervention on these matters was sought and accorded to the Attorney General of Canada, the Canadian Civil Liberties Association, the Foundation for Women in Crisis, the Alliance

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Judson et Spence a été rendu par

LE JUGE EN CHEF (*dissident*)—Ce pourvoi, qui est devant la Cour de plein droit en vertu du par. (2) de l'art. 618 du *Code criminel*, présente la situation très inusitée, sinon singulièrement exceptionnelle, d'une cour d'appel consignant elle-même un verdict de culpabilité en écartant le verdict d'acquittement du jury. L'appelant, le Dr Henry Morgentaler, a été acquitté par un jury d'avoir illégalement procuré l'avortement d'une personne du sexe féminin, contrairement à l'art. 251 du *Code criminel*. Ce verdict a été écarté et une déclaration de culpabilité a été consignée par la Cour d'appel du Québec qui n'a pas jugé nécessaire d'ordonner un nouveau procès. Les cinq juges qui constituaient le banc, unanimes dans leur conclusion mais non dans leurs motifs, n'ont examiné que les deux moyens de défense soumis au jury par le juge du procès, un moyen fondé sur l'art. 45 du *Code criminel* et un moyen de *common law* excipant de la nécessité, maintenu par le par. (3) de l'art. 7 du *Code criminel*. La Cour d'appel fut d'avis que l'art. 45 n'était pas un moyen de défense admissible contre une accusation portée en vertu de l'art. 251 (ou, selon l'opinion d'au moins l'un des juges, s'il était admissible, il n'était pas applicable en l'espèce) et que le moyen de défense de nécessité, dans la mesure où en l'espèce il différait de l'art. 45 et pouvait en être distinct, n'était fondé sur aucune preuve susceptible de le mettre en jeu devant les faits de l'espèce quant à l'un au moins, sinon à tous les éléments à l'égard desquels il fallait, pour s'en prévaloir, soulever un doute raisonnable.

Le pourvoi à l'encontre de la déclaration de culpabilité prononcée par la Cour d'appel du Québec est fondé non seulement sur les moyens de défense soumis au jury par le juge du procès, mais aussi sur un certain nombre d'autres points, énoncés ci-dessous, touchant le bien-fondé de l'accusation et celui de l'acquittement prononcé au procès. En plus, l'appelant a mis en cause la validité constitutionnelle de l'art. 251 et il en a aussi contesté l'effet en regard de la *Déclaration canadienne des droits*. Sur ces questions, des demandes d'intervention ont été faites par le Procureur général

for Life, the Fondation de la Vie, the Front Commun pour le Respect de la Vie and l'Association des Médecins du Québec pour Le Respect de la Vie.

Section 251 of the *Criminal Code*, in its present form, which is as it was when the charge against Dr. Morgentaler was laid, reads as follows:

**251.** (1) Every one who, with intent to procure the miscarriage of a female person, whether or not she is pregnant, uses any means for the purpose of carrying out his intention is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

(2) Every female person who, being pregnant, with intent to procure her own miscarriage, uses any means or permits any means to be used for the purpose of carrying out her intention is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years.

(3) In this section, "means" includes

- (a) the administration of a drug or other noxious thing,
- (b) the use of an instrument, and
- (c) manipulation of any kind.

(4) Subsections (1) and (2) do not apply to

(a) a qualified medical practitioner, other than a member of a therapeutic abortion committee for any hospital, who in good faith uses in an accredited or approved hospital any means for the purpose of carrying out his intention to procure the miscarriage of a female person, or

(b) a female person who, being pregnant, permits a qualified medical practitioner to use in an accredited or approved hospital any means described in paragraph (a) for the purpose of carrying out her intention to procure her own miscarriage, if, before the use of those means, the therapeutic abortion committee for that accredited or approved hospital, by a majority of the members of the committee and at a meeting of the committee at which the case of such female person has been reviewed,

(c) has by certificate in writing stated that in its opinion the continuation of the pregnancy of such female person would or would be likely to endanger her life or health, and

(d) has caused a copy of such certificate to be given to the qualified medical practitioner.

du Canada, la Canadian Civil Liberties Association, la Foundation for Women in Crisis, l'Alliance for Life, la Fondation de la Vie, le Front Commun pour le Respect de la Vie et l'Association des Médecins du Québec pour Le Respect de la Vie et elles ont été admises.

L'art. 251 du *Code criminel*, dans sa forme actuelle, qui est telle qu'elle était lorsque le Dr Morgentaler a été inculpé, se lit comme suit:

**251.** (1) Est coupable d'un acte criminel et possible de l'emprisonnement à perpétuité, quiconque, avec l'intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin, qu'elle soit enceinte ou non, emploie quelque moyen pour réaliser son intention.

(2) Est coupable d'un acte criminel et possible d'un emprisonnement de deux ans, toute personne du sexe féminin qui, étant enceinte, avec l'intention d'obtenir son propre avortement, emploie, ou permet que soit employé quelque moyen pour réaliser son intention.

(3) Au présent article, l'expression «moyen» comprend

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

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

a) à un médecin qualifié, autre qu'un membre d'un comité de l'avortement thérapeutique de quelque hôpital, qui emploie de bonne foi, dans un hôpital accrédité ou approuvé, quelque moyen pour réaliser son intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin, ou

b) à une personne du sexe féminin qui, étant enceinte, permet à un médecin qualifié d'employer, dans un hôpital accrédité ou approuvé, quelque moyen mentionné à l'alinéa a) aux fins de réaliser son intention d'obtenir son propre avortement, si, avant que ces moyens ne soient employés, le comité de l'avortement thérapeutique de cet hôpital accrédité ou approuvé, par décision de la majorité des membres du comité et lors d'une réunion du comité au cours de laquelle le cas de cette personne du sexe féminin a été examiné,

c) a déclaré par certificat qu'à son avis la continuation de la grossesse de cette personne du sexe féminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière, et

d) a fait remettre une copie de ce certificat au médecin qualifié.

(5) The Minister of Health of a province may by order

- (a) require a therapeutic abortion committee for any hospital in that province, or any member thereof, to furnish to him a copy of any certificate described in paragraph (4)(c) issued by that committee, together with such other information relating to the circumstances surrounding the issue of that certificate as he may require, or
- (b) require a medical practitioner who, in that province, has procured the miscarriage of any female person named in a certificate described in paragraph (4)(c), to furnish to him a copy of that certificate, together with such other information relating to the procuring of the miscarriage as he may require.

(6) For the purposes of subsections (4) and (5) and this subsection

“accredited hospital” means a hospital accredited by the Canadian Council on Hospital Accreditation in which diagnostic services and medical, surgical and obstetrical treatment are provided;

“approved hospital” means a hospital in a province approved for the purposes of this section by the Minister of Health of that province;

“board” means the board of governors, management or directors, or the trustees, commission or other person or group of persons having the control and management of an accredited or approved hospital;

“Minister of Health” means

- (a) in the Provinces of Ontario, Quebec, New Brunswick, Manitoba, Alberta, Newfoundland and Prince Edward Island, the Minister of Health,

- (b) in the Province of British Columbia, the Minister of Health Services and Hospital Insurance,

- (c) in the Provinces of Nova Scotia and Saskatchewan, the Minister of Public Health, and

- (d) in the Yukon Territory and the Northwest Territories, the Minister of National Health and Welfare;

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

a) requérir un comité de l'avortement thérapeutique de quelque hôpital, dans cette province, ou un autre membre de ce comité, de lui fournir une copie d'un certificat mentionné à l'alinéa (4)c) émis par ce comité, ainsi que les autres renseignements qu'il peut exiger au sujet des circonstances entourant l'émission de ce certificat, ou

b) requérir un médecin qui, dans cette province, a procuré l'avortement d'une personne de sexe féminin nommée dans un certificat mentionné à l'alinéa (4)c), de lui fournir une copie de ce certificat, ainsi que les autres renseignements qu'il peut exiger au sujet de l'obtention de l'avortement.

(6) Aux fins des paragraphes (4) et (5) et du présent paragraphe,

«comité de l'avortement thérapeutique» d'un hôpital désigne un comité formé d'au moins trois membres qui sont tous des médecins qualifiés, nommé par le conseil de cet hôpital pour examiner et décider les questions relatives aux arrêts de grossesse dans cet hôpital;

«conseil» désigne le conseil des gouverneurs, le conseil de direction ou le conseil d'administration ou les *trustees*, la commission ou une autre personne ou un autre groupe de personnes ayant le contrôle et la direction d'un hôpital accrédité ou approuvé;

«hôpital accrédité» désigne un hôpital accrédité par le Conseil canadien d'accréditation des hôpitaux, dans lequel sont fournis des services de diagnostic et des traitements médicaux, chirurgicaux et obstétricaux;

«hôpital approuvé» désigne un hôpital approuvé aux fins du présent article par le ministre de la Santé de la province où il se trouve;

«médecin qualifié» désigne une personne qui a le droit d'exercer la médecine en vertu des lois de la province dans laquelle est situé l'hôpital mentionné au paragraphe (4);

«ministre de la Santé» désigne

a) dans les provinces, d'Ontario, de Québec, du Nouveau-Brunswick, du Manitoba, d'Alberta, de Terre-Neuve et de l'Île-du-Prince-Édouard, le ministre de la Santé

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

c) dans les provinces de Nouvelle-Écosse et de Saskatchewan, le ministre de la Santé publique, et,

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

"qualified medical practitioner" means a person entitled to engage in the practice of medicine under the laws of the province in which the hospital referred to in subsection (4) is situated;

"therapeutic abortion committee" for any hospital means a committee, comprised of not less than three members each of whom is a qualified medical practitioner, appointed by the board of that hospital for the purpose of considering and determining questions relating to terminations of pregnancy within that hospital.

(7) Nothing in subsection (4) shall be construed as making unnecessary the obtaining of any authorization or consent that is or may be required, otherwise than under this Act, before any means are used for the purpose of carrying out an intention to procure the miscarriage of a female person.

This provision, consisting of prohibitory terms in subss. (1) and (2) and of relieving terms in subss. (4) and (5) (the other subsections are definition and supporting clauses), is the product, as to its prohibitory terms, of legislation originating in s. 60 of the *Offences against the Person Act*, 1869 (Can.), c. 20, which in turn was founded upon the *Offences against the Person Act*, 1861 (U.K.), c. 100, s. 58. Its relieving provisions were enacted in 1969 by 1968-69 (Can.), c. 38, s. 18.

At the conclusion of the submission by counsel for the appellant and by counsel for the Canadian Civil Liberties Association and counsel for the Foundation for Women in Crisis, the Court announced that it did not need to hear the respondent Crown or the other intervenors on either the constitutional issue or on the applicability and effect of the *Canadian Bill of Rights* because no case was made out on these matters which required an answer. It is nonetheless important, in my opinion, to state why the attack on the validity and operation of s. 251 was rejected.

## —II—

First, as to the attack on validity. The contention that s. 251 was invalid as being an encroachment on provincial legislative power in relation to hospitals and to the regulation of the profession of medicine and the practice of medicine was made by the appellant alone. It was founded on the position that s. 251 did not meet the test of valid

(7) Rien au paragraphe (4) ne doit s'interpréter de manière à faire disparaître la nécessité d'obtenir une autorisation ou un consentement qui est ou peut être requis, autrement qu'en vertu de la présente loi, avant l'emploi de moyens destinés à réaliser une intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin.

Cette disposition comprend des clauses d'interdiction, par. (1) et (2), et des clauses d'immunité, par. (4) et (5). Le reste consiste en définitions et accessoires. La source législative des clauses d'interdiction est l'art. 60 de l'*Acte concernant les offenses contre la Personne*, 1869 (Can.), c. 20, qui lui-même était tiré du *Offences against the Person Act*, 1861 (R.U.), c. 100, art. 58. Les clauses d'immunité ont été édictées en 1969 par l'art. 18 du c. 38 de 1968-69 (Can.).

A la conclusion des plaidoiries des avocats de l'appelant, de la Canadian Civil Liberties Association et de la Foundation for Women in Crisis, la Cour a déclaré qu'elle n'avait pas besoin d'entendre le ministère public, intimé, ni les autres intervenants sur la question constitutionnelle et sur l'effet de la *Déclaration canadienne des droits* parce que, sur ces questions, l'on n'avait rien dit qui nécessitait une réponse. Il n'en est pas moins important, à mon avis, d'énoncer pourquoi la contestation de la validité et de l'effet de l'art. 251 a été rejetée.

## —II—

D'abord, sur la validité. Seul l'appelant a soulevé la prétention que l'art. 251 serait invalide, comme empiétant sur la compétence législative des provinces à l'égard des hôpitaux et de la réglementation de la profession médicale et de la pratique de la médecine. Il soutient que l'art. 251 ne répond pas au critère de validité des lois de nature crimi-

criminal law set out by Rand J. in the *Margarine Reference, Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*<sup>2</sup>, where that learned judge stated it as follows (at pp. 49-50):

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

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

In my opinion, the provisions of s. 251 as it stood after the amendment in 1969 are well within the scope of the tests by which the late Justice Rand would measure a valid exercise of the federal criminal law power.

The wide scope of the exclusive federal criminal law power has been consistently asserted in the relevant case law in both the Privy Council, when it was Canada's ultimate appellate court, and in this Court. Parliament, in fastening upon certain behaviour or conduct or activity as criminal by proscribing it with penal sanctions, exercises a judgment which is not constitutionally impeachable simply because it may attract the opposition of a section of the population. The remedy or relief, as the case may be, lies with Parliament and not with this Court unless it is made plain to the Court that the use of the penal sanction was a colourable or evasive means of drawing into the orbit of the federal criminal law measures that did not belong there, either because they were essentially regulatory of matters within exclusive provincial competence or were otherwise within such exclusive competence.

nelle énoncé par M. le juge Rand dans le renvoi relatif à la margarine, *Renvoi relatif à la validité de l'al. a) de l'art. 5 de la Loi concernant l'industrie laitière*<sup>2</sup>, où le savant juge a dit (aux pp. 49-50):

[TRADUCTION] Un crime est un acte que la loi défend en y attachant des sanctions pénales appropriées; mais comme les interdictions ne sont pas promulguées en vase clos, nous pouvons à bon droit rechercher quel mal ou effet public préjudiciable ou indésirable est visé par la loi. Cet effet peut viser des intérêts sociaux, économiques ou politiques; et la législature a eu en vue la suppression du mal ou la sauvegarde des intérêts menacés . . . .

L'interdiction est-elle alors édictée en vue d'un intérêt public qui peut lui donner un fondement la rattachant au droit criminel? Paix, sécurité, santé, moralité, ordre public: telles sont les fins visées ordinairement mais non exclusivement par ce droit-là, . . . .

A mon avis, les dispositions de l'art. 251 modifiées en 1969 répondent très bien au critère auquel aurait fait appel le regretté juge Rand pour mesurer dans un cas particulier la validité de l'exercice de la compétence législative fédérale en droit criminel.

La portée étendue de ce pouvoir fédéral exclusif a été constamment reconnue dans les arrêts pertinents du Conseil privé quand il était le tribunal canadien de dernière instance, aussi bien que dans ceux de cette Cour. Le Parlement, lorsqu'il attribue un caractère criminel à un certain comportement, à une certaine conduite ou à une certaine activité en l'interdisant sous peine de sanctions, exerce un jugement qui n'est pas constitutionnellement attaquable simplement parce qu'il est susceptible de susciter un mouvement d'opposition chez une partie de la population. Le remède ou le recours, selon le cas, est du ressort du Parlement et non de la Cour à moins qu'on ne démontre clairement à la Cour que la sanction pénale est un moyen spécieux ou oblique d'inclure dans le champ du droit criminel fédéral des mesures qui n'y ressortissent pas, soit parce qu'elles visent essentiellement la réglementation de matières de compétence provinciale exclusive soit parce qu'elles ressortissent autrement de cette compétence exclusive.

<sup>2</sup> [1949] S.C.R. 1.

<sup>2</sup> [1949] R.C.S. 1.

Counsel for the appellant invoked history to support the submission that whatever the basis of prohibitory abortion legislation when first enacted in England by *Lord Ellenborough's Act*, 1803 (U.K.), c. 58, the evil aimed at had substantially abated because of improved medical and surgical procedures now known and practised, and especially because of the widely-used surgical suction procedure practised by the appellant to terminate a pregnancy. Counsel relied on the recent judgments of the Supreme Court of the United States in *Roe v. Wade*<sup>3</sup> and *Doe v. Bolton*<sup>4</sup>. Those were cases that turned on the scope of the constitutional guarantees of the fourteenth and the ninth amendment of the American Constitution, and were not based on any issue of the limits of federal and state legislative power *inter se*. Indeed, counsel for the appellant conceded that, absent any issue of constitutional guarantees, there could be no valid attack upon the constitutionality of the state abortion legislation in those cases as being a trespass on congressional legislative power. (It should be recalled that there is no general criminal law power in the Congress but it resides rather in the states, qualified only by such power in the field of criminal law as Congress derives from its assigned powers.)

What counsel sought to draw from *Roe v. Wade* and *Doe v. Bolton* was that the present s. 251 of the *Criminal Code* could no longer be supported as legislation for the protection of a pregnant woman's health, and hence that rationale could no longer justify the presence of s. 251 in the *Criminal Code*. This, however, is to attribute to Parliament a particular, indeed exclusive concern under s. 251 with health, to the exclusion of any other purpose that would make it a valid exercise of the criminal law power. I am unable to accept this assessment of the basis of s. 251. Perhaps the matter would have a different face if there was here the kind of material that moved the courts in the *Margarine Reference (Reference re Validity*

L'avocat de l'appelant a prétendu que, quel que fût le fondement historique de la législation contre l'avortement lorsqu'elle fut édictée en Angleterre par le *Lord Ellenborough's Act*, 1803 (R.U.), c. 58, le mal alors visé s'était considérablement atténué en raison des meilleures méthodes médicales et chirurgicales maintenant connues et appliquées, et en particulier en raison de la méthode très répandue de la succion chirurgicale, méthode qu'utilise l'appelant pour interrompre une grossesse. L'avocat a invoqué les jugements récents de la Cour suprême des États-Unis dans *Roe v. Wade*<sup>3</sup> et *Doe v. Bolton*<sup>4</sup>. Il s'agit d'arrêts touchant la portée des garanties constitutionnelles des quatorzième et neuvième amendements de la Constitution américaine, et ils ne sont fondés sur aucune question touchant les limites des compétences législatives respectives du fédéral et des États. D'ailleurs, l'avocat de l'appelant a admis qu'en l'absence de toute question de garanties constitutionnelles, il n'y rien dans ces arrêts qui permette d'attaquer la constitutionnalité de la législation des États sur l'avortement en alléguant qu'elle empiète sur la compétence législative du Congrès. (On doit se rappeler que le Congrès n'a aucune compétence législative générale en droit criminel mais que cette compétence appartient plutôt aux États, sous réserve seulement du pouvoir que le Congrès tire de ses pouvoirs assignés.)

Ce que l'avocat a cherché à déduire de *Roe v. Wade* et *Doe v. Bolton* c'est qu'on ne pourrait plus soutenir que le présent art. 251 du *Code criminel* est une loi de protection de la santé de la femme enceinte, et que par conséquent cette considération ne pourrait plus justifier la présence de l'art. 251 dans le *Code criminel*. Mais cela revient à prêter au Parlement une préoccupation particulière, à vrai dire exclusive, pour la santé, à l'exclusion de tout autre motif qui ferait de l'article un exercice valide du pouvoir de légiférer en matière criminelle. Je ne puis accepter cette façon de considérer le fondement de l'art. 251. La question prendrait peut-être un aspect différent si nous trouvions ici le genre de données qui ont porté les tribunaux dans

<sup>3</sup> (1973), 410 U.S. 113.

<sup>4</sup> (1973), 410 U.S. 179.

<sup>3</sup> (1973), 410 U.S. 113.

<sup>4</sup> (1973), 410 U.S. 179.

of Section 5(a) of the *Dairy Industry Act*)<sup>5</sup> to hold that the challenged s. 5(a) could no longer be supported as for the protection of health. Moreover, in that case there was no other supporting purpose open (apart from Parliament's power to control exports and imports of margarine). What is patent on the face of the prohibitory portion of s. 251 is that Parliament has in its judgment decreed that interference by another, or even by the pregnant woman herself, with the ordinary course of conception is socially undesirable conduct subject to punishment. That was a judgment open to Parliament in the exercise of its plenary criminal law power, and the fact that there may be safe ways of terminating a pregnancy or that any woman or women claim a personal privilege to that end, becomes immaterial. I need cite no authority for the proposition that Parliament may determine what is not criminal as well as what is, and may hence introduce dispensations or exemptions in its criminal legislation. It has done this in respect of gaming and betting by prescribing for lawful operation of pari-mutuel systems (s. 188), by exempting agricultural fairs or exhibitions from certain of the prohibitions against lotteries and games of chance (s. 189(3)) and by expressly permitting lotteries under stated conditions (s. 190). I point also to the *Lord's Day Act*, R.S.C. 1970, c. L-13 as an illustration of a federal statute drawing its validity from the criminal law power which contains various exemptions.

Thus, I see nothing in s. 251(4)(5) that, either alone or in relation to s. 251 as a whole, casts any doubt on its validity. There is, finally, the very relevant point that having regard to the residuary feature of federal legislative power, s. 251 cannot be invalidated unless it be shown that it is in relation to a head of exclusive provincial legislative power. The only suggested bases of invalidation put forward by the appellant were the exclusive provincial powers under s. 92(7)(13) and (16). The

le renvoi sur la margarine (*Renvoi relatif à la validité de l'al. a) de l'article 5 de la Loi concernant l'industrie laitière*)<sup>5</sup>, à décider qu'on ne pouvait plus justifier l'al. a) de l'art. 5 en le tenant pour fondé sur la protection de la santé. De plus, dans cette affaire-là on ne pouvait s'appuyer sur aucun autre but (sauf le pouvoir du Parlement de contrôler l'exportation et l'importation de la margarine). Ce qui est évident à la lecture de la partie de l'art. 251 qui porte interdiction, c'est que le Parlement, exerçant son jugement, a décreté que l'intervention d'une autre personne, voire de la mère elle-même, dans le cours ordinaire de la conception constitue une conduite socialement indésirable et passible de sanctions. C'est là un jugement que le Parlement pouvait porter dans l'exercice de son pouvoir législatif plénier en matière criminelle, et le fait qu'il puisse exister des moyens sûrs d'interrompre une grossesse ou qu'une ou plusieurs femmes prétendent à un droit individuel de poser ce geste, n'est aucunement pertinent. Je n'ai pas besoin de citer de précédents pour affirmer que le Parlement peut déterminer ce qui n'est pas criminel aussi bien que ce qui l'est, et qu'il peut par conséquent introduire dans ses lois pénales des dispenses ou des immunités. Il l'a fait dans le domaine des jeux et paris en permettant l'exploitation légale du pari mutuel (art. 188), en exemptant les foires ou expositions agricoles de certaines interdictions qui frappent les loteries et jeux de hasard (art. 189, par. (3)) et en permettant expressément des loteries sous certaines conditions (art. 190). Je cite aussi la *Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, c. L-13 comme exemple d'une loi fédérale tirant validité de la compétence criminelle et où sont édictées diverses immunités.

Ainsi, je ne vois rien dans les par. (4) et (5) de l'art. 251, considérés seuls ou en relation avec l'art. 251 dans son ensemble, qui laisse planer quelque doute sur sa validité. Il y a, enfin, le point très pertinent que, compte tenu de l'aspect résiduaire des pouvoirs législatifs fédéraux, l'art. 251 ne peut être déclaré invalide à moins qu'on ne démontre qu'il relève d'un chef énuméré de pouvoir législatif provincial exclusif. Les seules bases possibles de nullification soumises par l'appelant ont été les

<sup>5</sup> [1949] S.C.R. 1, aff'd [1951] A.C. 179.

<sup>5</sup> [1949] R.C.S. 1 conf. [1951] A.C. 179.

short answer to these assertions is that in so far as s. 251 has any relationship to the establishment of hospitals or the regulation of the medical profession or the practice thereof, the relationship is so incidental as to be little short of ephemeral.

—III—

I now address myself to the submissions of counsel for the appellant and counsel for the Canadian Civil Liberties Association and counsel for the Foundation for Women in Crisis on the effect of the *Canadian Bill of Rights* upon s. 251. These submissions invoked, in the main, s. 1(a) of the *Canadian Bill of Rights* and s. 1(b), s. 2(b) and, in one respect, s. 2(e). These provisions read as follows:

1. It is hereby recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely,

- (a) the right of the individual to life, liberty, security of the person and enjoyment of property, and the right not to be deprived thereof except by due process of law;
- (b) the right of the individual to equality before the law and the protection of the law;

2. Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the Canadian Bill of Rights, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to

- (b) impose or authorize the imposition of cruel and unusual treatment or punishment;
- (e) deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations;

Before summarizing and dealing with the submissions, variously made, on the *Canadian Bill of Rights* there is one matter, advanced by the appellant as bearing on the range of the *Canadian Bill*

pouvoirs exclusifs des législatures provinciales en vertu des par. (7), (13) et (16) de l'art. 92. La brève réponse à ces prétentions c'est que, dans la mesure où l'art. 251 a quelque relation avec l'établissement d'hôpitaux ou la réglementation de la profession ou de la pratique médicale, cette relation est tellement incidente qu'elle en est presque illusoire.

—III—

J'examinerai maintenant les prétentions de l'avocat de l'appelant et de ceux de la Canadian Civil Liberties Association et de la Foundation for Women in Crisis quant à l'effet sur l'art. 251 de la *Déclaration canadiennes des droits*. Ces prétentions s'appuient, surtout, sur l'al. a) de l'art. 1 ainsi que sur l'al. b) de l'art. 1 et l'al. b) de l'art. 2 et, sous un aspect particulier, sur l'al. e) de l'art. 2. Ces dispositions se lisent comme suit:

1. Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe:

- a) le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens, et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi;

b) le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi;

2. Toute loi au Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

- b) infligeant des peines ou traitements cruels et inusités, ou comme en autorisant l'imposition;

e) privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations;

Avant de résumer et considérer les diverses prétentions basées sur la *Déclaration canadienne des droits* il est une question soulevée par l'appelant quant à la portée de cette Déclaration sur laquelle

*of Rights*, upon which I wish to comment. It was counsel's contention that the language in s. 1(a) and s. 1(b) upon which he relied, came from the Constitution of the United States and he urged, in consequence, that the adoption of the language involved the adoption of the decisional law by which it has been elaborated and applied. Since counsel for the appellant abjured any claim that *stare decisis* operated, his submission amounted to this, that decisions of the Supreme Court of the United States should carry weight in the consideration of the particular provisions of the *Canadian Bill of Rights*.

This Court has found such decisions to be helpful in the past and remains receptive to their citation, but they do not carry any authority beyond persuasiveness according to their relevance in the light of context, with due regard to the obvious differences that exist between the statutory *Canadian Bill of Rights* and the guarantees of the Constitution of the United States. To give decisions of the Supreme Court of the United States respectful consideration does not carry us into any such theory of the adopted statute as the appellant propounded. Such a theory might have a place where provincial legislation, already construed by this Court, has been adopted by another provincial legislature. It does not operate in the present case as the appellant would have it.

The contentions under the *Canadian Bill of Rights* were that (1) under s. 1(a) thereof women had a right to privacy, involving at least a qualified right to have pregnancy terminated, especially in the first trimester of pregnancy; (2) the right to security of the person under s. 1(a) was infringed by s. 251 without due process of law because the standard in s. 251(4) ("would or would be likely to endanger her life or health") was so vague, so uncertain and so subjective as among different physicians and as among different therapeutic abortion committees as to deny due process of law; (3) there was a further denial of due process of law in the failure to provide adequate procedural safeguards whereby an applicant may appear, with counsel, if she so pleases, before a therapeutic abortion committee to plead her case; (4) more-

je désire faire des observations. Son avocat a prétendu que le texte de l'al. a) de l'art. 1 et de l'al. b) de l'art. 1 sur lequel il s'appuie, a sa source dans la Constitution des États-Unis et il a soutenu qu'en conséquence l'adoption du texte implique l'adoption de la jurisprudence sur son exégèse et son application. Puisque l'avocat de l'appelant a renoncé à toute prétention que la règle *stare decisis* doit s'appliquer, son argument équivaut à ceci, savoir que les arrêts de la Cour suprême des États-Unis devraient être d'un grand poids dans l'examen des dispositions de la *Déclaration canadienne des droits*.

La Cour a considéré dans le passé que ces arrêts pouvaient être utiles et elle continue à accepter volontiers qu'on les lui cite, mais ils n'ont d'autre autorité qu'une force de persuasion selon leur pertinence à la lumière du contexte, en tenant dûment compte des différences qui existent manifestement entre le caractère statutaire de la *Déclaration canadienne des droits* et celui des garanties de la Constitution des États-Unis. Le fait de considérer avec respect les arrêts de la Cour suprême des États-Unis ne nous entraîne pas dans la théorie de la loi adoptée qu'avance l'appelant. Une théorie de ce genre pourrait se défendre dans un cas où une loi provinciale, déjà interprétée par la Cour, aurait été édictée par la législature d'une autre province. Elle ne joue pas en l'espèce comme le voudrait l'appelant.

Les prétentions fondées sur la *Déclaration canadienne des droits* sont que: (1) en vertu de l'al. a) de l'art. 1 les femmes ont droit à l'intimité, ce qui impliquerait au moins un certain droit d'interrompre leur grossesse, particulièrement dans les premiers trois mois; (2) le droit à la sécurité de la personne en vertu de l'al. a) de l'art. 1 serait enfreint par l'art. 251 sans application régulière de la loi parce que le critère du par. (4) de l'art. 251 («mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière») est tellement vague, tellement imprécis et tellement subjectif pour différents médecins et différents comités d'avortement thérapeutique qu'il constitue une dénégation de l'application régulière de la loi; (3) il y aurait eu violation additionnelle de l'application régulière de la loi dans l'omission de prévoir

over, since there was a right to obtain an abortion under certain circumstances without risking criminal penalty, there was a right to a fair hearing thereon in accordance with the principles of fundamental justice, pursuant to s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*; (5) there was a denial of equality before the law and the protection of the law under s. 1(b) because s. 251(4), in permitting but not compelling the establishment of therapeutic abortion committees and in specifying the number of medical practitioners for those committees, operates unequally in respect of women in rural areas and in areas where no such committees have been established and in relation to women whose economic status prevents the mobility necessary to avail themselves of such committees where they exist, and in any event, creates inequality because the vague standard given to the committees makes varying interpretations and applications thereof inevitable and consequently enables some women to obtain the protection of the law and others not; (6) there was also a denial of due process of law under s. 1(a) for failure to provide for a review of the decisions of therapeutic abortion committees having regard to the vague standard they must apply, the inability of an applicant to plead her case and the want of reasons for the committees' decisions; indeed the failure to require reasons was itself a denial of due process of law; and (7) the fact that a woman is prevented from having and a physician from performing an abortion using safe medically-proven techniques constitutes cruel and unusual treatment; and moreover, the fact that a physician is prevented from and is punished for performing an abortion which is in his judgment, in the best interest's of his patient and is with her consent is cruel and unusual punishment.

des garanties de procédure adéquates permettant à une requérante de comparaître et plaider sa cause, avec un avocat si elle le désire, devant un comité de l'avortement thérapeutique; (4) de plus, puisqu'il y a droit à l'avortement dans certaines circonstances sans risque de sanction pénale, il y aurait un droit à audition équitable sur le sujet conformément aux principes de justice fondamentale, sous le régime de l'al. e) de l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits*; (5) il y aurait eu violation du droit à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi sous le régime de l'al. b) de l'art. 1, parce que le par. (4) de l'art. 251, en permettant l'établissement de comités de l'avortement thérapeutique sans créer d'obligation d'en établir, et en précisant le nombre de médecins qualifiés devant constituer ces comités, s'applique également en ce qui a trait aux femmes des régions rurales ou des régions où aucun comité de ce genre n'a été établi et en ce qui a trait aux femmes qui n'ont pas les moyens financiers nécessaires pour se déplacer de façon à se prévaloir de ces comités là où ils existent, et dans tous les cas, le par. (4) crée une inégalité parce que le critère imprécis sur lequel les comités doivent se baser rend inévitables des interprétations et applications différentes et permet par conséquent à certaines femmes d'obtenir la protection de la Loi tandis que d'autres ne peuvent l'obtenir; (6) il y aurait aussi déni d'application régulière de la loi sous le régime de l'al. a) de l'art. 1, du fait qu'on n'a pas prévu de révision des décisions des comités de l'avortement thérapeutique eu égard à l'imprécision du critère qu'ils doivent appliquer, à l'impossibilité pour une requérante de plaider sa cause et à l'absence d'obligation pour les comités de motiver leurs décisions; le seul fait de ne pas exiger de motifs serait en soi une dénégation de l'application régulière de la loi; et (7) le fait qu'on empêche une femme d'obtenir, et un médecin de pratiquer, un avortement selon des méthodes sûres et médicalement éprouvées, constituerait un traitement cruel et inusité; de plus, le fait qu'un médecin ne peut agir et ne peut éviter de sanctions à l'égard d'un avortement qu'il juge dans le meilleur intérêt de sa patiente et pratique avec le consentement de celle-ci, serait une peine cruelle et inusitée. L'avocat de la Foundation for Women in Crisis a également

It was also submitted by counsel for the Foundation for Women in Crisis that the *Canadian Bill of Rights*, even if considered merely as an aid to interpretation, would support resort to s. 45 as a defence to a charge under s. 251.

This last point does not, in my opinion, give any larger shape to s. 45 than it has under ordinary principles of construction applicable to enactments which provide shelter against conduct that would otherwise be criminal. Point 7 in the submissions on the *Canadian Bill of Rights* fails because it ignores the contextual importance of the words "impose" and "imposition". I am unable to agree that the mere prohibition of abortions save as permitted by s. 251(4)(5) involves any imposition of treatment; nor can it be said that a physician or other person who runs foul of the abortion law is subjected to cruel or unusual punishment if he is sentenced to a term of imprisonment for his criminal conduct. Counsel's submission here inverts s. 2(b) of the *Canadian Bill of Rights* into a proscription against making conduct criminal. It is quite untenable.

I deal with points (3) and (4) together, and the short answer to them is that the dispensations afforded by compliance with s. 251(4) and (5) do not involve any issue of deprivation of a right which may require an opportunity to be heard with or without counsel. Nothing is being taken away under s. 251(4) and (5); they simply permit a person to make conduct lawful which would otherwise be unlawful. I note in this connection that s. 251(4) and (5) envisage that a qualified medical practitioner will be involved in the review by a therapeutic abortion committee of the case of a pregnant female who seeks lawfully to terminate her pregnancy. Point 6 is a related point and I am unable to see how due process of law in s. 1(a) can be said to require express provision for review of a therapeutic abortion committee's decisions or can require that reasons be given for them. There is no violation of due process of law even in the case of quasi-judicial or regulatory statutory bodies where

soutenu que la *Déclaration canadienne des droits*, même considérée simplement comme un guide d'interprétation, peut étayer un recours à l'art. 45 comme moyen de défense à l'encontre d'une inculpation portée en vertu de l'art. 251.

Ce dernier point ne donne pas à l'art. 45, à mon avis, un cadre plus vaste que les principes ordinaires d'interprétation qui s'appliquent à un texte prévoyant une immunité pour un comportement qui serait autrement de nature criminelle. Le 7<sup>e</sup> point soulevé dans les prétentions relatives à la *Déclaration canadienne des droits* ne peut être retenu, parce qu'il méconnaît l'importance contextuelle des mots «infliger» et «imposition». Je ne puis admettre que la simple interdiction de pratiquer des avortements excepté de la façon permise par les par. (4) et (5) de l'art. 251, comporte quelque imposition de traitement; on ne peut pas non plus dire qu'un médecin ou une autre personne qui agit à l'encontre des lois sur l'avortement est soumis à une peine cruelle ou inusitée s'il est condamné à une période d'emprisonnement à la suite de son comportement criminel. La prétention de l'avocat invertit l'al. b) de l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits* et en fait une interdiction de rendre criminel un comportement. C'est tout à fait insoutenable.

Je traite des points (3) et (4) ensemble, et la brève réponse c'est que l'immunité accordée à la femme qui se conforme aux par. (4) et (5) de l'art. 251 ne comporte pas de privation de droit qui exige qu'elle soit entendue avec ou sans avocat. Sous le régime des par. (4) et (5) de l'art. 251 personne n'est privé de quelque chose; on permet simplement de poser légalement un geste qui autrement serait illégal. Je note à ce sujet que les par. (4) et (5) de l'art. 251 veulent qu'un médecin qualifié joue un rôle dans l'examen par le comité de l'avortement thérapeutique du cas de la femme enceinte qui désire interrompre légalement sa grossesse. Le 6<sup>e</sup> point est connexe et je ne puis voir comment on peut dire que l'application régulière de la loi selon l'al. a) de l'art. 1 peut exiger que l'on prévoie expressément la révision des décisions des comités de l'avortement thérapeutique ou que ces décisions soient motivées. Il n'y a pas de violation de l'application régulière de la loi même dans

no provision is made for review of their determinations.

Point 1 and point 2 of the submissions on the *Canadian Bill of Rights* may be dealt with together. They raise the question considered by this Court in *Curr v. The Queen*<sup>6</sup> whether s. 1(a) of the *Canadian Bill of Rights* can be read as inviting this Court to pass on the substantive quality of legislation as well as on the adequacy of procedural safeguards for the right of the individual to life, liberty, security of the person and enjoyment of property, as specified in s. 1(a). The contentions of counsel who would impugn s. 251 in the light of s. 1(a) of the *Canadian Bill of Rights* are founded, as to point 1, on the decisions of the Supreme Court of the United States in the *Wade* and *Bolton* cases previously cited; and, as to point 2, are founded to a degree on those cases and on other decisions in the United States, such as that in *The People v. Barksdale*<sup>7</sup>, a judgment of the Supreme Court of California.

This Court indicated in the *Curr* case how foreign to our constitutional traditions, to our constitutional law and to our conceptions of judicial review was any interference by a court with the substantive content of legislation. No doubt, substantive content had to be measured on an issue of *ultra vires* even prior to the enactment of the *Canadian Bill of Rights*, and necessary interpretative considerations also had and have a bearing on substantive terms. Of course, the *Canadian Bill of Rights* introduced a new dimension in respect of the operation and application of federal law, as the judgments of this Court have attested. Yet it cannot be forgotten that it is a statutory instrument, illustrative of Parliament's primacy within the limits of its assigned legislative authority, and this is a relevant consideration in determining how far the language of the *Canadian Bill of Rights* should be taken in assessing the quality of federal enactments which are challenged under s. 1(a). There is as much a temptation here as there is on the question of *ultra vires* to consider the wisdom

le cas d'organismes statutaires quasi judiciaires ou réglementaires dont aucune disposition ne prévoit la révision de leurs décisions.

Les points (1) et (2) des prétentions fondées sur la *Déclaration canadienne des droits* peuvent être considérés ensemble. Ils soulèvent la question étudiée par la Cour dans *Curr c. La Reine*<sup>6</sup>, savoir, si l'on peut voir dans l'al. a) de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits* une invitation à examiner la valeur intrinsèque de la législation autant que celle des garanties de procédure à l'égard du droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de sa personne et à la jouissance de ses biens, énoncé à l'al. a) de l'art. 1. Les prétentions de l'avocat qui attaquent l'art. 251 en vertu de l'al. a) de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits* sont fondées, quant au premier point, sur les décisions de la Cour suprême des États-Unis dans les arrêts *Wade* et *Bolton* cités plus haut; et, quant au second point, sur ces mêmes arrêts jusqu'à un certain point ainsi que sur d'autres décisions américaines, comme *The People v. Barksdale*<sup>7</sup>, un arrêt de la Cour suprême de la Californie.

La Cour a indiqué dans l'arrêt *Curr* combien était étrangère à nos traditions constitutionnelles, à notre droit constitutionnel et à nos conceptions de l'examen judiciaire, toute immixtion d'un tribunal dans les principes des lois. Sans doute, même avant l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits*, ces principes devaient être appréciés lorsqu'une question d'*ultra vires* se posait, et l'interprétation avait également et garde toujours un certain effet à cet égard. Évidemment la *Déclaration canadienne des droits* a introduit une dimension nouvelle à l'égard de l'effet et de l'application des lois fédérales, comme les décisions de cette Cour l'ont confirmé. On ne peut cependant oublier qu'elle est un texte statutaire, qui illustre la primauté du Parlement dans les limites de ses pouvoirs législatifs, et c'est un élément pertinent pour décider jusqu'où va l'effet de la *Déclaration canadienne des droits* à l'égard des textes fédéraux qui sont attaqués en vertu de l'al. a) de l'art. 1. La tentation de considérer la sagesse de la loi est aussi grande ici que lorsque se pose la question de l'*ultra*

<sup>6</sup> [1972] S.C.R. 889.

<sup>7</sup> (1972), 503 P. 2d 257.

<sup>6</sup> [1972] R.C.S. 889.

<sup>7</sup> (1972), 503 P. 2d 257.

of the legislation, and I think it is our duty to resist it in the former connection as in the latter.

I am not, however, prepared to say, in this early period of the elaboration of the impact of the *Canadian Bill of Rights* upon federal legislation, that the prescriptions of s. 1(a) must be rigidly confined to procedural matters. There is often an interaction of means and ends, and it may be that there can be a proper invocation of due process of law in respect of federal legislation as improperly abridging a person's right to life, liberty, security and enjoyment of property. Such a reservation is not, however, called for in the present case.

The contention under point 1 that a right of privacy, as an element of liberty, is protected against federal invasion, is founded upon *Roe v. Wade, supra*. Yet that case did not recognize this as absolute to the exclusion of a state interest to protect health or potential life. Rather, it sought to balance its recognition of the right to privacy (that is, the right to decide on an abortion) with the right, time-wise, of the state to interfere. (The Supreme Court of the United States disclaimed any intention to support abortion on demand, and, indeed, no such claim was advanced by counsel for the appellant or by his supporting intervenors in the present case.) In a situation such as exists in Canada, where there is an exclusive national federal criminal law power and no constitutionally entrenched Bill of Rights, I am unable to agree that we would be warranted in dividing the normal gestation period into zones of interest, one or more to be protected against state interference and another or others not. This is altogether apart from the question whether "liberty" in s. 1(a) embraces privacy or freedom of choice in any such sense as to entitle a pregnant woman to claim that the federal Parliament may not legislate as it has done in s. 251 in its present form.

vires, et je crois qu'on se doit de ne pas y succomber dans un cas comme dans l'autre.

Alors que la définition de l'impact de la *Déclaration canadienne des droits* sur les lois fédérales n'en est présentement qu'à ses débuts, je ne suis pas, néanmoins, prêt à dire que la règle de l'al. a) de l'art. 1 doit être rigoureusement restreinte à des questions de procédure. Il existe souvent une interaction entre la fin et les moyens, et il est possible qu'on puisse à bon droit invoquer la règle de l'application régulière de la loi à l'encontre d'une loi fédérale pour dire qu'elle enfreint irrégulièrement le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de sa personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens. Cela ne peut, cependant, être retenu en l'espèce.

Sur le 1<sup>er</sup> point, le droit à l'intimité qu'on réclame, à titre d'élément du droit à la liberté qui serait l'abri d'invasion par le pouvoir fédéral, est fondé sur l'arrêt *Roe v. Wade, supra*. Pourtant cet arrêt-là ne reconnaît pas cette protection comme absolue à l'exclusion de tout droit de l'état d'intervenir en temps opportun pour assurer la protection de la santé ou de la vie latente. Il tente plutôt de concilier la reconnaissance du droit à l'intimité (c'est-à-dire, le droit de décider de recourir à l'avortement) avec, en même temps, le droit d'intervention de l'État. (La Cour suprême des États-unis a désavoué toute intention de favoriser l'avortement sur demande, et, en vérité, aucune prétention en ce sens n'a été avancée par l'avocat de l'appelant ou ceux qui sont intervenus en sa faveur.) Dans une situation comme celle qui existe au Canada, où il existe un pouvoir fédéral national exclusif en matière criminelle et où n'existe pas de Déclaration des droits insérée dans la Constitution, je ne puis admettre que nous soyons autorisés à diviser la période normale de gestation en zones d'intérêt, dont l'une ou quelques-unes seraient à l'abri de l'intervention de l'État alors que l'autre ou les autres ne le seraient pas. Cela est tout à fait indépendant de la question de savoir si à l'al. a) de l'art. 1 «liberté» comprend intimité ou liberté de choix dans un sens propre à permettre à une femme enceinte de soutenir que le Parlement fédéral ne peut pas légiférer comme il l'a fait à l'art. 251 dans sa forme actuelle.

Appellant's contentions on the constitutional validity of s. 251 were in some measure based on the same considerations that the intervenors, Canadian Civil Liberties Association and the Foundation for Women in Crisis, urged in challenging s. 251 under s. 1(a) of the *Canadian Bill of Rights*. The challenge, in my view, fails in the latter respect as it failed in the former.

The contention under point 2 is equally untenable as an attempt to limit the substance of legislation in a situation which does not admit of it. In submitting that the standard upon which therapeutic abortion committees must act is uncertain and subjective, counsel who make the submission cannot find nourishment for it even in *Doe v. Bolton*. There it was held that the prohibition of abortion by a physician except when "based upon his best clinical judgment that an abortion is necessary" did not prescribe a standard so vague as to be constitutionally vulnerable. *A fortiori*, under the approach taken here to substantive due process, the argument of uncertainty and subjectivity fails. It is enough to say that Parliament has fixed a manageable standard because it is addressed to a professional panel, the members of which would be expected to bring a practised judgment to the question whether "the continuation of the pregnancy . . . would or would be likely to endanger . . . life or health". Moreover, I am of the view that Parliament could assign such an exercise of judgment to a professional group without colliding with any imperatives called for by due process of law under s. 1 (a).

Finally, in the catalogue of submissions under the *Canadian Bill of Rights* is point 5 which, understandably, shows concern for the effect of place or area of residence (where remote from hospitals or where there is a dearth of qualified physicians) and economic status on the availability and accessibility of the services under s. 251(4) and (5) of the *Criminal Code*, through which an

Les prétentions de l'appelant sur la validité constitutionnelle de l'art. 251 sont jusqu'à un certain point fondées sur les mêmes considérations que celles que les intervenantes, le Canadian Civil Liberties Association et la Foundation for Women in Crisis, ont mises de l'avant pour contester la validité de l'art. 251 en vertu de l'al. a) de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits*. À mon avis, la contestation n'est pas mieux fondée sous ce dernier aspect que sous le premier.

La prétention avancée sur le 2<sup>e</sup> point est également insoutenable parce qu'on veut restreindre la portée d'une loi dans une situation qui ne s'y prête pas. Les avocats qui prétendent que le critère prescrit aux comités de l'avortement thérapeutique est imprécis et subjectif, ne peuvent rien trouver à l'appui de cette prétention même dans l'arrêt *Doe v. Bolton*. En cette affaire-là il a été décidé que l'interdiction au médecin de procurer l'avortement sauf lorsque [TRADUCTION] «d'après son meilleur jugement fondé sur un examen physique, un avortement est nécessaire» ne prescrit pas un critère assez peu précis pour être constitutionnellement vulnérable. *A fortiori*, de la façon dont on aborde ici la question de l'application régulière des garanties légales aux principes de droit, l'argument d'imprécision et de subjectivité ne peut être retenu. Qu'il suffise de dire que le Parlement a fixé un critère maniable parce qu'il s'adresse à un comité composé d'hommes de l'art, dont on peut s'attendre que les membres portent un jugement exercé sur la question de savoir si «la continuation de la grossesse . . . mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé . . .». De plus, je suis d'avis que le Parlement peut confier à un groupe d'hommes de l'art l'exercice d'un tel jugement sans heurter d'impératif issue de l'exigence d'application régulière de la loi sous le régime de l'al. a) de l'art. 1.

Finalement, dans la liste des prétentions basées sur la *Déclaration canadienne des droits* il reste le point n° 5 qui, cela se comprend, fait état des conséquences que le lieu de résidence et la situation financière de l'intéressée peuvent avoir sur la disponibilité et l'accessibilité des services visés aux par. (4) et (5) de l'art. 251 du *Code criminel*, auxquels on peut recourir pour demander

abortion may be sought without risk of criminality. The contention that there is here a denial of equality before the law and the protection of the law necessarily assesses s. 251(4) and (5) according to whether it gives its advantages to all sections of the Canadian community, enabling them to avail themselves of it in whatever part of Canada they may be and regardless of their economic status. Assessment on this basis would make the operation of s. 251(4) and (5) depend on there being a certain distribution of physicians throughout the country and on the availability of hospitals in all areas. It would mean too that the Court would have to come to some conclusion on what distribution would satisfy equality before the law, and that the Court would have to decide how large or small an area must be within which an acceptable distribution of physicians and hospitals must be found. This is a reach for equality by judicially unmanageable standards, and is posited on the theory that the Court should either give directions for the achievement of relative equality of access to therapeutic abortion committees and approved hospitals to overcome an alleged legislative shortcoming, or should strike down not only subss. (4) and (5) of s. 251 (which would leave an unqualified prohibition of abortion) but the whole section as being inseverable.

I do not regard s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* as charging the courts with supervising the administrative efficiency of legislation or with evaluating the regional or national organization of its administration, in the absence of any touchstone in the legislation itself which would indicate a violation of s. 1(b) including the specified prohibitions of discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex. There is nothing of this sort in s. 251. Nor is that section vulnerable to attack on any substantive ground inhering in the command of "equality before the law and the protection of the law". There may be situations where, in determining whether federal legislation is incompatible with s. 1(b) or other provisions of the *Canadian Bill of Rights*, the Court may have to examine and come to a conclusion on the purpose or object of the challenged legislation and decide whether its provisions bear a rational rela-

un avortement sans risque de sanction criminelle. (Les hôpitaux peuvent être éloignés ou il peut y avoir pénurie de médecins qualifiés.) La prétention qu'il existe ici un déni de l'égalité devant la loi et de la protection de la loi implique nécessairement que les par. (4) et (5) de l'art. 251 dispensent leurs avantages à tous les secteurs de la collectivité canadienne et permettent à tous de s'en prévaloir où qu'ils soient au Canada et indépendamment de leur situation financière. Une telle interprétation subordonne l'application des par. (4) et (5) de l'art. 251 à une certaine répartition des médecins à travers le pays et à la disponibilité d'hôpitaux dans toutes les régions. Elle signifie aussi que la Cour doit décider quelle répartition satisfait à l'égalité devant la loi, et qu'il lui incombe de déterminer l'étendue de la région où l'on doit trouver une répartition suffisante de médecins et d'hôpitaux. C'est là viser à l'égalité selon des critères que les tribunaux ne peuvent appliquer, et échafauder la théorie que la Cour doit, soit donner des directives visant à réaliser une égalité relative d'accès aux comités de l'avortement thérapeutique et aux hôpitaux approuvés afin de remédier à ce qui serait une lacune législative, soit annuler non seulement les par. (4) et (5) de l'art. 251 (ce qui laisserait une interdiction absolue de procurer un avortement) mais l'article au complet en le considérant comme indivisible.

A mon avis l'al. b) de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits* ne confie pas aux tribunaux la surveillance du fonctionnement des lois ni l'appréciation de la façon dont leur administration est organisée à l'échelle régionale ou nationale, en l'absence, dans la loi elle-même, de quelque critère qui indique une violation de l'al. b) de l'art. 1, comme l'interdiction spécifique de toute discrimination suivant la race, l'origine nationale, la couleur, la religion ou le sexe. Il n'y a rien de semblable dans l'art. 251. Cet article ne donne pas prise non plus à une attaque basée sur le commandement prescrivant «l'égalité devant la loi et la protection de la loi». Il peut exister des situations où, en décidant si une loi fédérale est incompatible avec l'al. b) du par. (1) ou d'autres dispositions de la *Déclaration canadienne des droits*, la Cour doive se livrer à un examen et tirer une conclusion sur le but ou l'objet d'une loi contestée et décider si

tion to that purpose. The present case does not raise this issue when there is nothing to show that s. 251 offends against the prohibited discriminations or is otherwise offensive to s. 1(b). I do not find any judicial basis for impeaching s. 251 under s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* because not all persons affected by s. 251 may find it feasible because of geographical or economic considerations to take shelter under its exculpating terms.

Whether s. 251 be viewed as primarily a criminal prohibition subject to a dispensing provision, or as establishing a forum and a formula for lawful abortions which must be followed on pain of criminality, I see nothing in it which warrants this Court in either blunting its operation or rendering it inoperative as incompatible with s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*. Both the prohibition in s. 251 and its relieving terms are general in their application; and in qualifying the prohibition against the intentional procurement of a miscarriage by a requirement of certification of likely danger to life or health by a medical practitioner and interposing the safeguards of a medical screening committee and performance of the abortion in an accredited or approved hospital, Parliament has made a judgment which does not admit of any interference by the courts. Nor can I regard Parliament's prescription of the number to constitute a therapeutic abortion committee, nor the limitation that the performance of authorized abortions be in an approved or accredited hospital as raising a judicially reviewable question. Any unevenness in the administration of the relieving provisions is for Parliament to correct and not for the courts to monitor as being a denial of equality before the law and the protection of the law.

Counsel for the appellant took the point, which was elaborated in great detail in the appellant's factum, that since the prosecution in this case was initiated by an indictment preferred by the Attorney General of Quebec who signed it personally, there was a duty upon the Attorney General to act

ses dispositions ont un rapport rationnel avec ce but. En l'espèce, cette question ne se pose pas puisque rien n'indique que l'art. 251 comporte une discrimination interdite ou contrevient d'une autre façon à l'al. b) de l'art. 1. Je ne vois rien qui permette aux tribunaux d'invalider l'art. 251 en vertu de l'al. b) de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits* sous prétexte que les personnes visées ne pourront peut-être pas toutes, en raison de considérations géographiques ou économiques, se prévaloir de ses clauses justificatives.

Que l'art. 251 soit considéré comme une interdiction de nature criminelle assujettie à une clause d'immunité, ou comme l'établissement d'une juridiction et d'une formule d'avortement légal qu'il faut suivre sous peine de sanctions criminelles, je n'y vois rien qui permette à cette Cour d'en émousser l'effet ou de le déclarer inopérant pour cause d'incompatibilité avec l'al. b) de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits*. L'interdiction édictée par l'art. 251, de même que les clauses d'immunité qu'il contient, sont d'application générale; et lorsqu'il a atténué l'interdiction de l'avortement intentionnel en exigeant un certificat d'un médecin qualifié sur l'existence probable d'un danger pour la vie ou la santé, introduit la garantie d'un comité médical de contrôle et exigé que l'avortement soit pratiqué dans un hôpital accrédité ou approuvé, le Parlement a porté un jugement qui ne tolère aucune intervention des tribunaux. Je ne puis pas non plus considérer que les prescriptions du Parlement sur le nombre de personnes qui doivent constituer un comité de l'avortement thérapeutique, ou la restriction qui prescrit que l'avortement ne soit pratiqué que dans un hôpital approuvé ou accrédité, soulèvent une question susceptible d'examen judiciaire. Tout inégalité dans l'administration des dispositions d'immunité est du ressort du Parlement, il n'appartient pas aux tribunaux de la contrôler à titre de déni de l'égalité devant la loi et de la protection de la loi.

L'avocat de l'appelant a soulevé l'argument, développé extensivement dans son factum, que puisque la poursuite a été introduite au moyen d'une inculpation directe émanant du procureur général du Québec qui l'a signée personnellement, il incombaît à ce dernier d'agir de façon judiciaire

judicially in the exercise of his power and he had not so acted. It was contended further that s. 507(3) of the *Criminal Code*, under which the indictment was preferred, was in conflict with s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* as being a denial of equality before the law and the protection of the law. As to the submission that there was a duty to act judicially which had been violated it is enough to adopt the ruling on this point of the trial judge, as follows:

Even assuming . . . that the attorney general in signing the preferred indictment was exercising a quasi-judicial function, I do not think that there is anything before me which would entitle me to hold that such discretion had been improperly exercised.

The contention on the *Canadian Bill of Rights* must also be rejected. It is founded on the proposition that the accused had a right to a preliminary inquiry, and on the further proposition that he had a right to have the indictment screened by a grand jury before its presentation to the Court. In short, the submission is that uniformity of criminal law administration across Canada is involved in s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*. I do not find any violation of the *Canadian Bill of Rights* simply because our criminal law and procedure provide for alternative methods of bringing an accused person to trial. The methods prescribed have their roots in history, and this is a relevant factor in considering whether there is a denial of equality before the law. The submission of the appellant here, if accepted, would entail desistment from trial by judge alone because trial by jury is also prescribed or *vice versa*. Modes of trial or modes of bringing an accused to trial are not, by reason of their number, and consequent choice of one or another, whether by the prosecution or by an accused, in violation of s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*: see *Smythe v. The Queen*<sup>8</sup>.

—IV—

I turn now to the facts of the present case and to the legal issues raised by those facts under the

<sup>8</sup> [1971] S.C.R. 680.

dans l'exercice de ce pouvoir, ce qu'il n'aurait pas fait. Il a de plus prétendu que le par. (3) de l'art. 507 du *Code criminel* en vertu duquel l'inculpation a été faite, allait à l'encontre de l'al. b) de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits* parce qu'il constituait une dénégation de l'égalité devant la loi et de la protection de la loi. Quant à la prétention qu'il existait un devoir d'agir de façon judiciaire, devoir qui n'aurait pas été respecté, il me suffit d'adopter la décision du juge de première instance sur ce point, laquelle est comme suit:

[TRADUCTION] Même si l'on admet . . . que le procureur général en signant l'inculpation directe exerçait une fonction quasi judiciaire, je ne crois pas qu'il y ait devant moi quelque chose qui m'autorise à décider que cette discrétion a été irrégulièrement exercée.

L'argument fondé sur la *Déclaration canadienne des droits* doit aussi être rejeté. Il s'appuie sur la prétention que l'accusé avait droit à une enquête préliminaire, et sur celle qu'il avait droit à ce que l'acte d'accusation soit examiné par un grand jury avant d'être présenté à la Cour. En résumé, l'argument est que l'application uniforme du droit criminel à travers le Canada est visée par l'al. b) de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits*. Je ne vois pas qu'il y ait violation de la *Déclaration canadienne des droits* du seul fait que notre procédure en matière criminelle prévoit des méthodes différentes d'amener à son procès un inculpé. Les méthodes prescrites ont une origine historique, et c'est un facteur pertinent à considérer en examinant s'il y a eu négation de l'égalité devant la loi. L'argument de l'appelant, s'il était admis, obligerait un juge seul à se désister pour le motif qu'un procès par jury est également prescrit et *vice versa*. L'existence de plusieurs modes de procès ou modes de citation à procès n'est pas, du fait de cette diversité, et, par conséquent, du choix porté sur l'un ou l'autre par le poursuivant ou par l'accusé, une violation de l'al. b) de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits*: voir *Smythe c. La Reine*<sup>8</sup>.

—IV—

Je passe maintenant aux faits en l'espèce et aux questions soulevées sur ces faits selon le *Code*

<sup>8</sup> [1971] R.C.S. 680.

*Criminal Code.* The appellant was charged with performing an illegal abortion on August 15, 1973, upon a twenty-six year old unmarried female who had come to Canada from a foreign country in 1972 on a student visa. She was without family or close friends in Canada, ineligible to take employment and also ineligible for Medicare benefits. On becoming apprehensive of possible pregnancy in July, 1973, she consulted a physician in general practice who referred her to a gynecologist. He confirmed that she was pregnant, but refused assistance to procure an abortion. On her own initiative she canvassed five Montreal hospitals by telephone and learned that if an abortion was to be performed she would have to bear the fees of a surgeon and an anaesthetist, and could envisage two or three days' hospitalization at \$140 per day. This was far beyond her means.

Throughout the period following her apprehension and the confirmation of her pregnancy and until the abortion performed by the appellant, she was anxious, unable to eat or sleep properly, prone to vomiting and quite depressed. Her condition had an adverse effect upon her studies and it was aggravated by her being told that the longer she delayed in having an abortion the more dangerous it would be. One hospital offered her an appointment (which would result in her case coming before the therapeutic abortion committee) at the end of August, 1973, when she would be eight to ten weeks pregnant. She got in touch with the appellant at the suggestion of a hospital or hospitals that she had contacted. There is some discrepancy between her evidence and that of the appellant as to the scope and nature of the conversation between them when she visited his clinic where the abortion was performed. In this appeal I think it proper to accept the evidence of the appellant who testified that his discussion with her went beyond asking whether she had previously had an abortion, when she realized she was pregnant and what his fee would be. He asserted that the conversation also encompassed reference to her country of origin, her vocation, her marital status and why an abortion was necessary. During the conversation the appellant said that he assessed the necessity of an abortion by reference to her state of anxiety,

*criminel.* L'appelant a été inculpé d'avoir procuré illégalement, le 15 août 1973, l'avortement d'une célibataire âgée de 26 ans qui était venue au Canada en 1972 avec un visa d'étudiant. Elle n'avait au Canada ni parents ni amis, elle ne pouvait occuper un emploi et n'était pas non plus admissible au bénéfice du régime d'assurance-médicale. Commençant à redouter la possibilité d'une grossesse, elle consulta, en juillet 1973, un omnipraticien qui l'envoya voir un gynécologue. Celui-ci confirma qu'elle était enceinte mais refusa de l'aider à obtenir un avortement. Elle fit d'elle-même des démarches par téléphone auprès de cinq hôpitaux de Montréal et apprit que si un avortement devait être pratiqué, elle devait payer les honoraires d'un chirurgien et d'un anesthésiste, et qu'elle pouvait prévoir deux ou trois jours d'hospitalisation à \$140 par jour. Cela dépassait de beaucoup ses moyens.

Durant la période qui a suivi sa crainte d'être enceinte et la confirmation du fait et jusqu'à ce que l'avortement soit pratiqué par l'appelant, elle était soucieuse, elle mangeait et dormait mal, elle était sujette à des vomissements et très déprimée. Son état lui a nui dans la poursuite de ses études et ce fut pire lorsqu'on lui eut dit que plus elle retarderait l'avortement, plus ce serait dangereux. Un hôpital lui proposa un rendez-vous (ce qui aurait eu pour résultat que son cas soit soumis à un comité de l'avortement thérapeutique) à la fin d'août 1973 alors qu'elle aurait été enceinte de huit à dix semaines. Elle s'adressa à l'appelant à la suggestion d'un ou de plus d'un des hôpitaux où elle avait téléphoné. Il y a quelque divergence entre son témoignage et celui de l'appelant sur la portée et la nature de la conversation qu'ils ont eue lorsqu'elle a visité la clinique de l'appelant où l'avortement a été pratiqué. Dans ce pourvoi, je me crois fondé à accepter le témoignage de l'appelant qui a déclaré que leur entretien ne s'est pas limité à lui demander si elle avait déjà eu un avortement et quand elle s'était rendue compte qu'elle était enceinte, et à discuter du montant des honoraires. Il soutient que dans leur conversation il a été aussi question de son pays d'origine, de son occupation, de son état matrimonial et de la raison pour laquelle un avortement était nécessaire. L'appelant a déclaré qu'au cours de la conversation il avait

her inability to eat or sleep properly and the consequent adverse effect on her physical health. He also considered that her determination to have an abortion might lead her to do something foolish. The appellant was aware that his patient had approached a number of hospitals without success, but did not know that she had been offered an appointment at the end of August, 1973.

The appellant's competence to perform the abortion was unquestioned. I do not think that the fact that he has performed numerous abortions should have any adverse bearing on any defence that was open to him in this case. As a competent surgeon, the fact of his specialization should make it more likely than not that he would be in a better position than a non-specialist to determine, relative to a patient's state of pregnancy and to her state of physical and mental health, whether abortional surgery should be carried out at the particular time. The trial Judge stated in imposing sentence upon the appellant (as directed by the Quebec Court of Appeal when it set aside the jury's acquittal and entered a conviction) that there was substantial evidence at the trial that had this woman gone to an accredited hospital, she would have received the approval of a therapeutic abortion committee to have an abortion performed, but, of course, it was merely speculation whether she would in fact have received such approval. In short, according to the trial Judge, there was evidence upon which the therapeutic abortion committee could conclude that the continuation of her pregnancy would or would be likely to endanger her life or her health, but that did not mean that it would so conclude. Since she would have been eight to ten weeks pregnant when her case might have come before the therapeutic abortion committee at the end of August, 1973, and since the decision might not have been made promptly or might have been adverse, the question of likely danger to health if not also to life would not be an idle one.

In charging the jury, the trial judge told them that they were entitled to consider two defences, namely, that of necessity, preserved as a common

jugé de la nécessité d'un avortement en se fondant sur l'état d'anxiété, l'incapacité de dormir ou manger régulièrement et le préjudice que pourrait en subir la santé physique de la patiente. Il a aussi considéré que sa détermination à obtenir un avortement pourrait la pousser à poser un geste irréfléchi. L'appelant savait que sa patiente avait fait sans succès des démarches auprès de certains hôpitaux, mais ignorait qu'elle avait un rendez-vous à la fin d'août 1973.

La compétence de l'appelant pour pratiquer un avortement n'est pas discutée. Je ne pense pas que le fait qu'il ait pratiqué de nombreux avortements doive porter préjudice aux moyens de défense qu'il peut faire valoir en l'espèce. A titre de chirurgien compétent, le fait de sa spécialisation devrait normalement le placer dans une meilleure position qu'un non-spécialiste pour décider eu égard à l'état de grossesse d'une patiente et à son état physique et mental, si à un moment précis un avortement chirurgical doit être pratiqué. Le juge de première instance a dit en prononçant la sentence de l'appelant (en conformité de l'arrêt de la Cour d'appel écartant le verdict d'acquittement et consignant un verdict de culpabilité) qu'il y avait eu au procès une preuve que si cette femme s'était rendue dans un hôpital accrédité, elle aurait reçu d'un comité de l'avortement thérapeutique l'autorisation d'obtenir un avortement, mais, bien entendu, cela n'était qu'une conjecture. En résumé, selon le juge de première instance, il y avait des éléments de preuve sur lesquels le comité de l'avortement thérapeutique aurait pu se fonder pour décider que la continuation de la grossesse de cette femme aurait mis ou aurait probablement mis en danger sa vie ou sa santé, mais cela ne voulait pas dire qu'il aurait décidé en ce sens. Comme elle aurait été enceinte de huit à dix semaines lorsque, à la fin d'août 1973, son cas aurait été soumis au comité de l'avortement thérapeutique, et puisque la décision aurait pu n'être pas prise promptement ou être défavorable, la probabilité d'un danger à la santé sinon à la vie n'était pas une question oiseuse.

En donnant ses directives aux jurés, le juge de première instance leur a dit qu'ils pouvaient considérer deux moyens de défense, soit, le moyen de

law defence under s. 7(3) of the *Criminal Code* and a defence open under s. 45 of the *Criminal Code* which reads as follows:

**45.** Every one is protected from criminal responsibility for performing a surgical operation upon any person for the benefit of that person if

- (a) the operation is performed with reasonable care and skill, and
- (b) it is reasonable to perform the operation, having regard to the state of health of the person at the time the operation is performed and to all the circumstances of the case.

The acquittal of the accused by the jury may have been based on both defences or on one or other of them but, of course, this was not a matter within the knowledge of the trial Judge or of the appellate Court.

In determining whether the two defences are open on a charge under s. 251 and, if open, whether there was any evidence upon which they, or either of them, should have been left to the jury, it is, of course, proper to consider that under s. 251 itself there is a procedure through which an abortion may lawfully be procured and performed. The Quebec Court of Appeal was of the opinion that s. 45 could not be invoked in defence of a charge under s. 251, the majority of the Court holding that it was not open having regard to s. 251(4), and two members of the Court indicating that in this case it did not differ in any material way from the defence of necessity. There was, however, agreement by the members of that Court that in this case the defence of necessity was open. They went on to say that this defence demanded that there be evidence to make it as probable as not that it was necessary to perform the abortion because of the probable danger in the circumstances to the physical or mental health of the woman from the continuation of her pregnancy and, further, that it was, in the light of all the circumstances, impossible to fulfil the conditions for a lawful abortion under s. 251(4) at the time and in the circumstances under which the necessity for performing it was determined.

nécessité, qui est un moyen de *common law* maintenu par le par. (3) de l'art. 7 du *Code criminel*, et le moyen prévu à l'art. 45 du *Code criminel*, qui se lit comme suit:

**45.** Toute personne est à couvert de responsabilité criminelle lorsqu'elle pratique sur une autre, pour le bien de cette dernière, une opération chirurgicale,

- a) si l'opération est pratiquée avec des soins et une habileté raisonnables, et
- b) s'il est raisonnable de pratiquer l'opération, étant donné l'état de santé de la personne au moment de l'opération et toutes les autres circonstances de l'espèce.

L'acquittement de l'accusé par le jury peut être fondé sur les deux moyens ou sur un seul mais, naturellement, cela n'était pas à la connaissance du juge de première instance ou de la Cour d'appel.

En décidant si les deux moyens sont admissibles à l'encontre d'une inculpation portée en vertu de l'art. 251 et, dans l'affirmative, s'il y avait à l'appui des deux, ou de l'un des deux, quelque élément de preuve sur lequel les soumettre à la décision du jury, on peut à bon droit faire entrer en ligne de compte qu'en vertu de l'art. 251 lui-même il existe une procédure permettant de procurer et de pratiquer légalement un avortement. La Cour d'appel du Québec a été d'avis que l'art. 45 ne pouvait pas être invoqué comme moyen de défense à l'encontre d'une inculpation portée en vertu de l'art. 251, la majorité de la Cour statuant que l'article n'était pas opposable en raison du par. (4) de l'art. 251, et deux membres de la Cour déclarant qu'en l'espèce il ne différait pas fondamentalement de la défense de nécessité. Cependant, les membres de cette Cour-là ont été d'accord qu'en l'espèce la défense de nécessité n'était pas exclue. Ils ont dit ensuite que cette défense exigeait qu'il y ait preuve rendant assez probable qu'il y avait eu nécessité de pratiquer l'avortement en raison du danger probable à la santé physique ou mentale de la femme découlant de la continuation de sa grossesse dans les circonstances, et qu'il y avait eu aussi, à la lumière de toutes les circonstances, impossibilité de se conformer aux conditions d'un avortement légal sous le régime du par. (4) de l'art. 251 à l'époque et dans les circonstances où la nécessité de pratiquer l'avortement avait été déterminée.

I read the reasons of the Quebec Court of Appeal as finding no reversible error in the way the trial Judge charged the jury on the defence of necessity. However, it appears to me that the Quebec Court of Appeal was also of the opinion (although here the matter was not made as clear as it might have been) that there was either no evidence to go to the jury on the defence of necessity or that the jury's verdict on the evidence which was left to them was unreasonable or unsupportable on the evidence. The Quebec Court of Appeal thereupon set aside the verdict of acquittal and entered a conviction on the very charge of which the accused had been acquitted.

Formally, the powers of a provincial appellate Court under s. 613(4)(b) of the *Criminal Code* are broad enough to authorize it to do what it did. However, I have been unable to find any reported Canadian case where an appellate Court, in setting aside a jury's verdict of acquittal, has entered a conviction on the very offence charged and of which the accused has been acquitted by a jury, and has not been content to order a new trial with accompanying directions. Counsel for the respective parties were unable to produce any such case, and I am not particularly surprised that they could not. Where a case is left to the jury on evidence that may be found to support a defence to the offence charged, and the accused is acquitted, the fact that the trial Judge may have erred in charging the jury on the law would ordinarily result in a direction for a new trial. If it be the case at the trial that there is, in the opinion of the trial Judge, no evidence to go to the jury to support a required defence the trial Judge would so charge, but would leave it to the jury to bring in a verdict of guilty. Correlatively, if the trial Judge is of the opinion that there is no evidence to go to the jury in support of the charge, it would be for the jury to bring in a directed verdict of acquittal. It must be an unusual case, indeed, in which an appellate Court, which has not seen the witnesses, has not observed their demeanour and has not heard their evidence adduced before a jury, should essay to pass on its sufficiency, either as to a defence or in support of a charge, and thereupon to substitute its opinion for that of the jury and to enter a convic-

Je ne vois dans les motifs de la Cour d'appel du Québec aucune conclusion qu'il y ait eu erreur donnant lieu à infirmation dans la façon dont le juge de première instance a donné ses directives au jury sur la défense de nécessité. Cependant, il me semble que la Cour d'appel du Québec a aussi été d'avis (quoique ici la question n'est pas aussi claire qu'elle pourrait l'être) soit qu'il n'y avait pas de preuve à soumettre au jury sur la défense de nécessité soit que le verdict du jury fondé sur la preuve qui lui avait été soumise était déraisonnable. La Cour d'appel du Québec a donc écarté le verdict d'acquittement et consigné un verdict de culpabilité sur l'inculpation même dont avait été acquitté l'accusé.

Textuellement, les pouvoirs d'une cour d'appel provinciale en vertu de l'al. b) du par. (4) de l'art. 613 du *Code criminel* sont assez étendus pour lui permettre de faire ce qu'elle a fait. Cependant, je n'ai pu trouver aucun arrêt canadien publié où une cour d'appel, en infirmant un verdict d'acquittement d'un jury, a consigné une déclaration de culpabilité sur le chef d'accusation même sur lequel un jury avait prononcé l'acquittement, et ne s'est pas contentée d'ordonner un nouveau procès en y joignant des directives. Les avocats des parties en cause ont été incapables de citer de décision semblable, et je n'en suis pas particulièrement surpris. Lorsqu'une affaire a été confiée à la décision d'un jury en présence d'une preuve susceptible de constituer une défense à l'infraction imputée, et que l'accusé est acquitté, le fait que le juge de première instance aurait commis une erreur dans ses directives au jury sur une question de droit à normalement pour résultat une ordonnance de nouveau procès. Dans un procès où, selon l'opinion du juge de première instance, il n'y a pas de preuve à soumettre au jury à l'appui de la défense possible le juge de première instance donnera ses directives en ce sens, mais laissera le jury rendre un verdict de culpabilité. De même, si le juge de première instance est d'avis qu'il n'y a pas de preuve à soumettre au jury à l'appui de l'accusation, il dira au jury de rendre un verdict d'acquittement. Il doit être rare, en vérité, qu'une cour d'appel, qui n'a pas vu les témoins, qui n'a pas observé leur comportement et qui n'a pas entendu leurs témoignages donnés devant un jury, tente de juger de la

tion (rather than ordering a new trial) where the jury has acquitted. Where the jury has convicted, appellate Courts have, from time to time, substituted their opinion that an acquittal should be directed, and this has been done even by this Court: see *Savard and Lizotte v. The King*<sup>9</sup>.

I shall return to this point after examining whether the defences set up by the accused, and accepted by the trial Judge as open on a charge under s. 251, were indeed open and, if so, whether as to both or either of them there was any evidence upon which the jury could find that the defences or either of them were made out.

I deal first with s. 45, which has been part of the *Criminal Code* since the Code was first enacted in 1892. Two questions arise in respect of the relation of s. 45 to s. 251. First, there is the question whether s. 45 (which was enacted as s. 57 in 1892) could be invoked as a defence to a charge under s. 251 as it stood before the amendment thereto in 1969 (it was then s. 237) which introduced what is now s. 251(4). If the answer is "no", a second question does not arise. If the answer is "yes", the second question is whether the defence open under s. 45 was impliedly removed by reason of the enactment of what is now s. 251(4).

Section 45 appears in Part I of the *Criminal Code*, entitled "General", thus indicating its applicability, according to the circumstances, to all provisions of the *Criminal Code*. It had no counterpart in English legislation when introduced into the *Criminal Code* in 1892 as s. 57; on the other hand, the anti-abortion provisions, s. 272 of the 1892 Code, clearly came from the English *Offences against the Person Act*, 1861 (U.K.), c. 20, s. 58. As it stood in 1892, s. 272 made it an offence "unlawfully" to administer to a woman any drug or other noxious thing or to use any instrument or other like means on her with intent

suffisance de la preuve, soit en regard d'une défense soit à l'appui d'une accusation, et dès lors substitue son opinion à celle du jury et consigne un verdict de culpabilité (plutôt que d'ordonner un nouveau procès) alors que le jury a prononcé un acquittement. Lorsque le jury a prononcé un verdict de culpabilité, les cours d'appel ont, à l'occasion, substitué un acquittement, ce qui a été fait même par cette Cour: voir *Savard et Lizotte c. Le Roi*<sup>9</sup>.

Je reviendrai sur cette question après avoir examiné si les moyens de défense invoqués par l'accusé, et tenus par le juge de première instance pour admissibles contre une accusation portée en vertu de l'art. 251, étaient effectivement admissibles et, dans l'affirmative, si relativement aux deux moyens ou à l'un d'eux il y avait quelque preuve sur laquelle le jury pouvait conclure qu'ils étaient fondés.

Je traiterai d'abord de l'art. 45, qui est dans le *Code criminel* depuis le début en 1892. En rapport avec l'art. 251 il soulève deux questions. Premièrement, l'art. 45 (en 1892, l'art. 57) pouvait-il être invoqué à l'encontre d'une accusation portée en vertu de l'art. 251 (alors l'art. 237) avant la modification de 1969 qui a introduit ce qui est maintenant le par. (4) de l'art. 251? Si la réponse est négative, la seconde question ne se pose pas. Si la réponse est affirmative, la seconde question est la suivante: le moyen de défense prévu à l'art. 45 a-t-il été implicitement abrogé par l'adoption de ce qui est maintenant le par. (4) de l'art. 251?

L'art. 45 se trouve dans la partie I du *Code criminel*, intitulée «Dispositions générales», ce qui démontre qu'il s'applique, selon les circonstances, à toutes les dispositions du *Code criminel*. Il n'avait pas d'équivalent dans la législation anglaise lorsqu'il fut introduit dans le *Code criminel* de 1892 comme art. 57; au contraire, les dispositions prohibant l'avortement, soit l'art. 272 du même Code, venaient clairement de la loi anglaise dite *Offences against the Person Act*, 1861 (R.U.), c. 20, art. 58. Cet article punissait le fait d'«illégalement» administrer à une femme quelque drogue ou autre substance délétère ou de faire usage sur elle

<sup>9</sup> [1946] S.C.R. 20.

<sup>9</sup> [1946] R.C.S. 20.

to procure her miscarriage. Section 273 was a companion provision respecting a woman's procurement of her own miscarriage. The word "unlawfully" disappeared in the *Criminal Code* revision of 1953-54 (Can.), c. 51, and the anti-abortion provisions, then s. 237, were as follows:

**237.** (1) Every one who, with intent to procure the miscarriage of a female person, whether or not she is pregnant, uses any means for the purpose of carrying out his intention is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

(2) Every female person who, being pregnant, with intent to procure her own miscarriage, uses any means or permits any means to be used for the purpose of carrying out her intention is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years.

The origin of s. 45 is to be found in Sir James Fitzjames Stephen's English Draft Code of 1878 which in turn built upon the *Indian Penal Code* of 1860. Section 67 of Stephen's Draft Code under the heading "Surgical Operations" was as follows:

Every one is protected from criminal responsibility for performing with reasonable care and skill any surgical operation upon any person for his benefit: provided that performing the operation was reasonable, having regard to the patient's state at the time and to all the circumstances of the case.

Stephen's *Digest of the Criminal Law* (5th ed. 1894) at p. 164 shows that s. 67 was deemed by him to apply both to consensual and non-consensual surgery. Certainly, there is no limitation in s. 45 or anywhere else in the *Criminal Code* to suggest that s. 45 is confined to situations where an unconscious or disabled person is the subject of the surgical operation and is unable to give a consent. It appears to me, therefore, that before the enactment in 1969 of what is now s. 251(4), s. 45 was available as a defence to a charge of procuring a miscarriage laid against a physician who with the consent of his patient performed an operation to abort her.

de quelque instrument ou autre moyen dans le but de procurer son avortement. L'art. 273 était une disposition connexe visant la femme qui provoquait son propre avortement. Le mot «illégalement» n'a pas été retenu dans la révision du *Code criminel* de 1953-54 (Can.), c. 51, où les dispositions contre l'avortement, soit l'art. 237, étaient les suivantes:

**237.** (1) Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, quiconque, avec l'intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin, qu'elle soit enceinte ou non, emploie quelque moyen pour réaliser son intention.

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

L'art. 45 tire son origine du projet du *Code criminel* de 1878 de Sir James Fitzjames Stephen, projet qui lui-même était fondé sur le *Code pénal indien* de 1860. L'art. 67 du projet Stephen se lisait comme suit, sous le sous-titre «Opérations chirurgicales»:

Tout individu est à couvert de responsabilité criminelle s'il fait avec un soin et une habileté raisonnables une opération chirurgicale sur quelqu'un et pour son bien, pourvu que l'accomplissement de cette opération soit raisonnable, en tenant compte de l'état du malade lorsqu'elle a lieu et de toutes les circonstances du cas.

Le *Digest of the Criminal Law* de Stephen (5ème éd. 1894), à la p. 164, nous indique que cet art. 67 devait selon lui s'appliquer aux interventions chirurgicales faites même sans le consentement du patient. Il n'y a certainement dans l'art. 45 ou ailleurs dans le *Code criminel* aucune restriction suggérant qu'il ne s'appliquerait que lorsque la personne sur qui l'opération chirurgicale est pratiquée est inconsciente ou paralysée et incapable de donner un consentement. Il me semble, par conséquent, qu'avant l'adoption en 1969 de ce qui est maintenant le par. (4) de l'art. 251, l'art. 45 était admissible comme moyen de défense contre une accusation d'avoir procuré un avortement portée contre un médecin qui, avec le consentement de sa patiente, avait pratiqué sur celle-ci une opération pour procurer l'avortement.

I appreciate that s. 45 is not limited to physicians or surgeons but it is obvious that, where consensual surgery is involved, except in the rarest of cases, it would be a qualified physician or surgeon who would be likely to meet the condition fixed by s. 45. This view of s. 45 is not affected by reason of the fact that the section was not expressly annexed to the anti-abortion provisions of the Code as they stood in 1892 and later, as is the case with the defence expressly included in s. 221 of the *Criminal Code*. That section makes it an offence to kill an unborn child in the act of birth but it also excludes in subs. 2 liability of a person who, in good faith, to preserve the life of the mother, causes the death of the child.

The trial Judge dealt with this matter in his reasons for allowing the defence of s. 45 to be set up in this case, and he rejected the submission that because s. 221 had a built-in defence the same should be expected in the anti-abortion provisions of the Code. I agree with him that logical consistency is not an invariable canon of construction, although I cannot myself see the logic of the argument made in relation to s. 221 as a required measure of the provisions respecting abortion. Section 45, as the trial Judge noted, is limited to surgical operations and this is not a limitation found in s. 221(2). Like s. 45, s. 221(2) had its origin in Stephen's Draft Code of 1878 as a proviso to its s. 212, dealing with the offence of killing a child at birth. Although the draconian effect of the English abortion legislation of 1861 could be explained on medical grounds, namely, that the operation was then regarded as highly dangerous so that "it would be ridiculous to call it therapy" (see Glanville Williams, *The Sanctity of Life and the Criminal Law* (1957), at p. 160), Stephen appears to have thought it proper to distinguish the defence open to surgeons (who would generally be those seeking to invoke a s. 45 defence) and the particular defence open to others as well as surgeons, for example, midwives, in respect of the killing of children at birth. This defence was limited expressly to the preservation of the life of the mother. By the time the *Criminal Code* of 1892

Je comprends que l'art. 45 n'est pas limité aux médecins ou aux chirurgiens mais il est évident que, lorsqu'il s'agit d'opérations chirurgicales pratiquées avec le consentement du patient, hormis des cas extrêmement rares ce sera un médecin ou un chirurgien qualifié qui vraisemblablement satisfera aux conditions déterminées par l'art. 45. Cette optique de l'art. 45 n'est pas modifiée par le fait que l'article n'a pas été expressément relié aux dispositions prohibant l'avortement édictées dans le Code en 1892 et par la suite, comme ce fut le cas pour le moyen de défense expressément énoncé dans l'art. 221 du *Code criminel*. Ce dernier article déclare criminel le fait de tuer un enfant non encore né, au cours de la mise au monde, mais à l'al. 2 il exempte de responsabilité une personne qui, de bonne foi, pour sauver la vie de la mère d'un enfant, cause la mort de l'enfant.

Le juge du procès a traité cette question dans les motifs qu'il a rédigés au soutien de sa décision de permettre qu'on invoque le moyen de défense de l'art. 45 en l'espèce, et il a rejeté la prétention que parce qu'un moyen de défense est inclus dans l'art. 221 on devrait s'attendre qu'il en soit de même pour les dispositions relatives à la prohibition de l'avortement. L'art. 45, comme le juge de première instance l'a noté, est limité aux opérations chirurgicales et cette limitation n'existe pas au par. (2) de l'art. 221. Comme l'art. 45, le par. (2) de l'art. 221 tire son origine du projet de code de Stephen de 1878. Il y figurait comme exception à son art. 212, visant le fait de tuer un enfant au cours de la mise au monde. Bien que l'effet draconien de la loi anglaise de 1861 sur l'avortement pût s'expliquer par des motifs médicaux, à savoir que l'opération était à cette époque considérée extrêmement dangereuse de sorte que [TRADUCTION] «il serait ridicule de la considérer comme thérapeutique» (voir Glanville Williams, *The Sanctity of Life and the Criminal Law* (1957), à la p. 160), Stephen semble avoir cru bon de distinguer la défense admissible pour les chirurgiens (qui normalement seraient ceux qui chercheraient à invoquer un moyen fondé sur l'art. 45) et la défense particulière admissible pour d'autres personnes autant que pour les chirurgiens, par exemple, les sages-femmes, relativement au fait de tuer un enfant au cours de la mise au monde. Ce moyen de défense était limité expressé-

was enacted, both antiseptic surgical procedures and delivery of children by Caesarean section had been discovered but the Code adopted the general defence for surgical operations and the specific defence in respect of the killing of a child at birth, that is a viable child.

In the present case we are concerned with an abortion performed well before the viability of the unborn child, taking viability to arise not before the end of the twentieth week of pregnancy. It is a matter of evidence here that abortion procedures are now medically and surgically safe and it would be, in my opinion, incongruous indeed if the progress of surgery should be regarded as having the effect of excluding a defence which would have been open at the time that s. 45 was first enacted (as s. 57) in 1892.

It is urged, however, that because s. 45 as a defence to abortion does not appear to have been used before now it cannot be regarded as having been available at the time it was introduced into the *Criminal Code* or to have become available thereafter. The answer may lie in two directions; first, reluctance to prosecute surgeons and, second, the influence of English precedent since there was no s. 45 or equivalent provision in English law. Indeed, not until the *Infant Life Preservation Act*, 1929, was there any provision in English law similar to that found in s. 221(2) of the *Criminal Code*.

There is some incongruity in the fact that although English law lacked a s. 45, a result with a wider effect was reached by judicial decision in *R. v. Bourne*<sup>10</sup>. There, a surgeon invited an indictment for performing an abortion upon a fourteen year old girl who had been raped and who was described, in physical terms, as normal and healthy. The surgeon and other medical witnesses

ment à la nécessité de sauver la vie de la mère. Lorsque le *Code criminel* de 1892 a été adopté, les méthodes chirurgicales antiseptiques aussi bien que la mise au monde des enfants par l'opération césarienne avaient été découvertes mais le Code a néanmoins adopté le moyen de défense général pour les opérations chirurgicales et le moyen de défense particulier quant au fait de tuer un enfant à sa mise au monde, c'est-à-dire un enfant viable.

En l'espèce l'avortement a été pratiqué bien avant que l'enfant non encore né soit viable, si l'on considère que l'enfant n'est pas viable avant la fin de la vingtième semaine de la grossesse. Il est en preuve ici que les méthodes d'avortement sont maintenant médicalement et chirurgicalement sûres et il serait, à mon avis, vraiment incongru que les progrès de la chirurgie dussent être considérés comme ayant pour résultat d'exclure un moyen de défense qui n'était pas exclu lorsque l'art. 45 a été primitivement adopté (comme art. 57) en 1892.

On soutient, cependant, qu'étant donné que l'art. 45 comme moyen de défense relatif à l'avortement ne semble pas avoir été invoqué avant ce jour, il ne peut être considéré comme ayant été admissible au moment où il a été introduit dans le *Code criminel* ou comme étant devenu admissible par la suite. La réponse peut venir de deux sources; premièrement le peu d'empressement à poursuivre des chirurgiens et, deuxièmement, l'influence de la jurisprudence anglaise puisqu'il n'y avait pas d'art. 45 ou de disposition équivalente dans la loi anglaise. Avant le *Infant Life Preservation Act*, 1929, il n'y avait même pas dans la loi anglaise une disposition analogue à celle du par. (2) de l'art. 221 du *Code criminel*.

Il est un peu curieux que, bien qu'il n'y ait pas eu d'art. 45 dans la loi anglaise, un résultat d'une portée plus large a été obtenu par décision judiciaire dans *R. v. Bourne*<sup>10</sup>. Dans cette cause-là, un chirurgien était inculpé pour avoir procuré l'avortement d'une jeune fille de quatorze ans qui avait été victime d'un viol et que l'on a décrite comme étant, physiquement, normale et en bonne santé.

<sup>10</sup> [1939] 1 K.B. 687; [1938] 3 All E.R. 615.

<sup>10</sup> [1939] 1 K.B. 687; [1938] 3 All E.R. 615.

were of opinion that the continuation of the pregnancy constituted a substantial danger to health. The Crown conceded that it would be a good defence if there was a danger to life, but not otherwise, and contended that there was a fundamental difference between saving life and preserving health. The trial Judge, Macnaghten J. agreed with the defence position and charged the jury accordingly. He told them, in part (at p. 694 of the K.B. report) that if a doctor is of opinion on reasonable grounds and with adequate knowledge that the probable consequence of the continuation of the pregnancy will be to make the woman a physical or mental wreck, the jury were quite entitled to take the view that the doctor who, under those circumstances and in that honest belief operates, is operating for the purpose of preserving the life of the mother. The jury acquitted on the basis of the charge in which they were also warned that there was no justification for abortion on demand and, on the other hand, neither was it the law that an abortion was unjustified under any circumstances.

Writers have viewed the *Bourne* case as resting on the defence of necessity, notwithstanding that the charge of the trial Judge invoked the word "unlawfully" in the English abortion legislation as an indication that not all abortions are unlawful, and notwithstanding that he took a wider view of the defence in the *Infant Life Preservation Act*, 1929, than its words expressed in holding that defence to be applicable to abortions as a reflection of the common law: See Glanville Williams, *The Sanctity of Life and the Criminal Law* (1957), at p. 162; Smith and Hogan, *Criminal Law* (3rd ed. 1973), at p. 158.

Whether or not the *Bourne* case be regarded as having taken an exceptional view of the law (see D. Seaborne Davies, *Law of Abortion and Necessity* (1938), 2 Mod. L. Rev. 126), it was accepted in later cases by the application of its principle, as in *R. v. Bergmann and Ferguson*, an unreported case in 1948 in which Morris J. charged the jury in similar terms of honest belief (see the passage in

Le chirurgien et les autres témoins experts étaient d'avis que la continuation de la grossesse constituait un danger grave pour la santé. Le ministère public a admis que cela aurait été un bon moyen de défense si la vie de la mère avait été en danger, mais non autrement, et il a prétendu qu'il y avait une différence fondamentale entre sauvegarder la vie et préserver la santé. Le juge du procès, le juge Macnaghten, a été d'accord avec l'argument de la défense et il a donné des directives au jury en conséquence. Il leur a dit, entre autres choses (à la p. 694 des rapports du recueil K.B.) que si un médecin se fondant sur des motifs raisonnables et des connaissances suffisantes croit que la conséquence probable de la continuation de la grossesse sera de ruiner la santé physique et mentale de la femme, un jury peut fort bien considérer que le médecin qui, dans ces circonstances et fort de cette croyance honnête, pratique l'opération, le fait dans le but de sauvegarder la vie de la mère. Le jury prononça l'acquittement en se fondant sur les directives, au cours desquelles il fut prévenu aussi que l'avortement sur demande ne pouvait se justifier mais, qu'en revanche, rien dans la loi ne prescrivait qu'un avortement était injustifié en toutes circonstances.

Des auteurs ont considéré l'affaire *Bourne* comme fondée sur la défense de nécessité, même si le juge de première instance dans ses directives a rappelé que le mot «illégalement» dans la loi anglaise était une indication que tous les avortements n'étaient pas illégaux, et même s'il a donné au moyen de défense du *Infant Life Preservation Act*, 1929 une portée qui en dépasse l'expression en statuant que le moyen de défense admissible dans les cas d'avortement relevait de la *Common Law*: voir Glanville Williams, *The Sanctify of Life and the Criminal Law* (1957), à la p. 162; Smith and Hogan, *Criminel Law* (3ième éd. 1973), à la p. 158.

Même si l'on tient que la décision *Bourne* a envisagé la loi dans une optique exceptionnelle (voir D. Seaborne Davies, *The Law of Abortion and Necessity* (1938), 2 Mod. L. Rev. 126), elle a fait jurisprudence. Voir par exemple *R. v. Bergmann and Ferguson*, une décision non publiée de 1948 où M. le juge Morris a donné au jury des directives faisant pareillement état de la croyance

Glanville Williams, *op. cit.*, at p. 178 and in *R. v. Newton and Stungo*<sup>11</sup>). There the jury was charged that the use of instruments to procure a miscarriage was unlawful unless the use is made in good faith for the purpose of preserving the life or health of the woman, not only her physical health but her mental health as well. One of the accused doctors was convicted of manslaughter and the other was acquitted on a charge of being an accessory before the fact to using an instrument to procure a miscarriage. Stephen's *Digest of the Criminal Law* (9th ed. 1950) at p. 232, cites the *Bourne* case in support of a proviso to the offence of procuring an abortion, the proviso being that no offence is committed if the person performing the abortion being a person of competent medical skill, does so for the purpose of preserving the woman from reasonably apprehended danger then or thereafter to her life if her pregnancy continues.

honnête (Voir le passage dans Glanville Williams, *op. cit.*, à la p. 178, et dans *R. v. Newton and Stungo*<sup>11</sup>). En cette dernière cause on a dit au jury que l'emploi d'instruments pour procurer un avortement était illégal à moins qu'on ne les utilise de bonne foi dans le but de sauvegarder la vie ou la santé de la femme, non pas seulement sa santé physique mais également sa santé mentale. Un des médecins accusés a été trouvé coupable d'homicide involontaire et l'autre a été acquitté d'une inculpation de complicité avant le fait relativement à l'emploi d'un instrument aux fins de procurer un avortement. Dans le *Digest of the Criminal Law* de Stephen (89ième éd. 1950) à la p. 232, la décision *Bourne* est citée comme moyen de défense à l'infraction de procurer un avortement, savoir qu'il n'y a pas d'infraction si la personne pratiquant l'avortement possède la compétence médicale requise et le fait dans le but de préserver la vie de la femme d'un danger qu'il redoute raisonnablement pour le présent ou l'avenir si la grossesse continue.

In referring to the wider effect of a defence to abortion given by the *Bourne* doctrine than by s. 45, I have in mind a subjective aspect of the test that the *Bourne* case sets up, namely, that honest belief, good faith of the surgeon is the issue, relative to the preservation of the life or health of the mother (an issue, moreover on which the burden is on the prosecution) whereas s. 45 appears to me to raise only an objective question for the jury. The only reported Canadian case of which I am aware which, without any reference to s. 45, has any affinity to the *Bourne* case is the early case of *Re McCready*<sup>12</sup>, where Lamont J. of the Saskatchewan Supreme Court was considering extradition proceedings in respect of an abortion performed in the United States and, after referring to the abortion provisions of the *Criminal Code*, he said this (at p. 485):

From the evidence before me I cannot say that the operation which was performed and which resulted in the miscarriage might not have been necessary to preserve her life, in which case it is not unlawful. Every

Quand je dis que la théorie de l'affaire *Bourne* donne à la justification de l'avortement une portée plus étendue que celle de l'art. 45, j'ai à l'esprit un aspect subjectif du critère qui y est énoncé, savoir, que la croyance honnête, la bonne foi du chirurgien est la question en litige quant à la sauvegarde de la vie ou de la santé de la mère (question sur laquelle, au surplus, le fardeau de la preuve incombe au poursuivant), tandis que l'art. 45 ne me paraît soulever pour le jury qu'une question objective. Le seul arrêt canadien publié que je connaisse qui, sans faire mention de l'art. 45, ait quelque rapport avec la décision *Bourne* est l'ancienne décision *Re McCready*<sup>12</sup>, affaire où M. le juge Lamont de la Cour suprême de la Saskatchewan étudiait des procédures d'extradition relatives à un avortement pratiqué aux États-Unis, et où après avoir mentionné les dispositions du *Code criminel* sur l'avortement, il a dit (à la p. 485):

[TRADUCTION] D'après la preuve que j'ai devant moi, je ne puis pas dire que l'opération qui a été pratiquée et dont le résultat fut l'avortement ne peut pas avoir été nécessaire pour sauvegarder la vie, dans ce cas elle n'est

<sup>11</sup> [1958] Cr. L.R. 469.

<sup>12</sup> (1909), 14 C.C.C. 481.

<sup>11</sup> [1958] Cr.L.R. 469.

<sup>12</sup> (1909), 14 C.C.C. 481.

miscarriage brought about by a physician is not unlawful.

I am bound to observe that Lamont J. relied on the presence of the word "unlawfully" in the abortion provisions of the Code, a word which, as already noted, was removed in the *Criminal Code* revision effected by 1953-54 (Can.), c. 51. The removal of the word, under modern drafting styles, was simply the removal of a redundancy which reflected an older style of drafting. In my opinion, it was not the controlling element in the approach taken in *Bourne*.

The word "unlawfully" remains as part of the English abortion law under the *Abortion Act* of 1967, which incorporates the offence as it was defined in the *Offences against the Person Act*, 1861, and then goes on to provide for medical termination of abortions, without culpability, under conditions similar to but wider than those permitted by s. 251(4). I reproduce ss. 1 and 5(2) of the English Act which read as follows:

1. (1) Subject to the provisions of this section, a person shall not be guilty of an offence under the law relating to abortion when a pregnancy is terminated by a registered medical practitioner if two registered medical practitioners are of the opinion, formed in good faith

- (a) that the continuance of the pregnancy would involve risk to the life of the pregnant woman, or of injury to the physical or mental health of the pregnant woman or any existing children of her family, greater than if the pregnancy were terminated; or
- (b) that there is a substantial risk that if the child were born it would suffer from such physical or mental abnormalities as to be seriously handicapped.

(2) In determining whether the continuance of a pregnancy would involve such risk of injury to health as is mentioned in paragraph (a) of subsection (1) of this section, account may be taken of the pregnant woman's actual or reasonably foreseeable environment.

(3) Except as provided by subsection (4) of this section, any treatment for the termination of pregnancy must be carried out in a hospital vested in the Minister of Health or the Secretary of State under the National Health Service Acts, or in a place for the time being approved for the purposes of this section by the said Minister or the Secretary of State.

pas illégale. Tout avortement pratiqué par un médecin n'est pas nécessairement illégal.

Je me dois de noter que le juge Lamont s'est fondé sur la présence, dans les dispositions du Code relatives à l'avortement, du mot "illégalement", un mot qui, comme je l'ai déjà noté, a été enlevé dans la révision du *Code criminel* effectuée par le c. 51, 1953-54 (Can.). Suivant les méthodes modernes de rédaction des lois, enlever ce mot, c'était simplement éliminer une redondance qui reflétait une méthode plus ancienne. A mon avis, ce mot n'a pas été le facteur déterminant dans l'optique de l'affaire *Bourne*.

Le mot "illégalement" fait toujours partie du texte anglais sur l'avortement sous le régime de l'*Abortion Act* de 1967, où l'infraction est définie comme elle l'était dans le *Offences against the Person Act*, 1861. On y prévoit ensuite la possibilité d'interrompre médicalement la grossesse, sans infraction, selon des conditions semblables mais moins rigides que celles prévues au par. (4) de l'art. 251. Je reproduis l'art. 1 et le par. (2) de l'art. 5 de la loi anglaise qui se lisent comme suit:

[TRADUCTION] 1. (1) Sous réserve des dispositions du présent article, nul ne commet d'infraction à la loi sur l'avortement lorsque la grossesse est interrompue par un médecin immatriculé, si deux médecins immatriculés sont d'avis, en toute bonne foi,

a) que la continuation de la grossesse comporterait pour la vie de la femme enceinte, ou pour sa santé physique ou mentale, ou pour l'un de ses enfants un risque plus grand que si la grossesse était interrompue;

b) qu'il y a risque sérieux que si l'enfant naît il souffrira d'infirmités physiques ou mentales susceptibles de l'handicaper gravement.

(2) Pour déterminer si la continuation de la grossesse comportera un risque pour la santé, au sens de l'al. a) du par. (1) du présent article, on pourra tenir compte du milieu dans lequel la femme vit alors ou pourra raisonnablement être appelée à vivre.

(3) Sauf ce qui est prévu au paragraphe (4) du présent article, toute intervention visant l'interruption de la grossesse doit être effectuée dans un hôpital dévolu au ministre de la Santé ou au secrétaire d'État d'après les lois sur les services nationaux de santé, ou dans un établissement pour lors approuvé aux fins du présent article par ce ministre ou secrétaire d'État.

(4) Subsection (3) of this section, and so much of subsection (1) as relates to the opinion of two registered medical practitioners, shall not apply to the termination of a pregnancy by a registered medical practitioner in a case where he is of the opinion, formed in good faith, that the termination is immediately necessary to save the life or to prevent grave permanent injury to the physical or mental health of the pregnant woman.

5. . .

(2) For the purposes of the law relating to abortion, anything done with intent to procure the miscarriage of a woman is unlawfully done unless authorised by section 1 of this Act.

Under these provisions, it is not only true that s. 1(1)(a) provides a wider protection than the *Bourne* case, but it appears to me that s. 1(4) provides wider exculpation than would be provided by s. 45 if there was such a provision in England. It is not surprising therefore that Smith and Hogan, *Criminal Law* (3rd ed. 1973) should say, at p. 279, that "it seems clear that [s. 5(2)] is intended entirely to supersede the law as laid down in *Bourne*".

The course of judicial decision and of legislation in England reinforces my opinion that s. 45 was available as a defence to a medical practitioner who performed an abortion which would otherwise be punishable under s. 251 as it stood before 1969. This brings me to consider whether s. 251(4), enacted in 1969, had the effect of precluding reliance on s. 45 as a defence. It is not difficult to envisage situations which would support either a s. 45 or a *Bourne* necessity defence, despite s. 251(4), as, for example, where a doctor is called upon to perform an abortion in an area of the country where a therapeutic abortion committee could not be assembled, or where abortional surgery is performed in urgent circumstances by a competent surgeon who may not be licensed under the relevant provincial law. I need not be concerned here with whether there would be any attempt to prosecute in such cases if the surgery was successful, because the facts here do not bring

(4) Le paragraphe (3) du présent article, et cette partie du paragraphe (1) qui concerne l'avis de deux médecins immatriculés, ne sont pas applicables à l'interruption de grossesse pratiquée par un médecin immatriculé qui juge, en toute bonne foi, que l'interruption s'impose sans délai pour sauver la vie de la femme enceinte ou la préserver d'une grave atteinte permanente à sa santé physique ou mentale.

5. . .

(2) Pour les fins de la loi sur l'avortement, tout acte fait avec l'intention de procurer l'avortement d'une femme est fait illégalement s'il n'est permis par l'article 1 de la présente loi.

Sous le régime de ces dispositions, non seulement l'al. a) du par. (1) de l'art. 1 prévoit une protection plus grande que ne le fait la décision *Bourne*, mais il m'apparaît que le par. (4) de l'art. 1 prévoit des moyens d'exonération moins restreints que ce que donnerait l'art. 45 s'il y avait une disposition semblable en Angleterre. Il n'est donc pas surprenant que l'ouvrage de Smith and Hogan, *Criminal Law* (3ième éd. 1973) dise, à la p. 279, que [TRADUCTION] «il semble clair que [le par. (2) de l'art. 5] a entièrement pour objet de remplacer le droit formulé dans la décision *Bourne*».

L'évolution de la jurisprudence et de la législation anglaises raffermit mon opinion que l'art. 45 était admissible comme moyen de défense pour un médecin qui pratiquait un avortement autrement punissable sous le régime de l'art. 251 comme il existait avant 1969. Ceci m'amène à considérer si le par. (4) de l'art. 251, adopté en 1969, a eu pour effet d'écartier la possibilité d'invoquer l'art. 45 comme moyen de défense. Il n'est pas difficile d'envisager des situations qui justifieraient une défense fondée soit sur l'art. 45 soit sur la nécessité au sens de la décision *Bourne*, malgré le par. (4) de l'art. 251, comme par exemple, le cas d'un médecin appelé à pratiquer un avortement dans une partie du pays où on ne peut tenir de réunion d'un comité de l'avortement thérapeutique ou le cas d'un avortement chirurgical pratiqué dans des circonstances urgentes par un chirurgien compétent qui n'est peut-être pas licencié sous le régime de la loi provinciale pertinente. Je n'ai pas besoin de me préoccuper ici de savoir si dans de tels cas des poursuites seraient intentées en cas d'intervention chirurgicale couronnée de succès, parce que

the present case within the exact suggested situations.

An urban area may nonetheless be no different from and, indeed, more alien than a remote area to a friendless young woman, a native of another country and a comparative stranger in Canada, who is alone, frightened by her pregnancy and without the means or access to means to be able to invoke the elaborate procedures of s. 251(4), and who in desperation seeks the assistance of a qualified surgeon who in his honest judgment feels that immediate abortional surgery should be performed, and carries it out to preserve the young woman's mental health, if not also her physical health. I think it entirely reasonable in such circumstances that s. 45 should be available as a defence to be left to the jury. It might be otherwise if s. 251(4) had in it the kind of saving provision that is found in s. 1(4) of the English Act of 1967, but s. 251(4) contains no such leeway to excuse the requirement of the opinion of other medical practitioners or use of an approved hospital as is provided under the English Act.

During the course of the trial, when evidence was tendered in support of a defence under s. 45, the trial Judge, Hugessen A.C.J., found it necessary to rule on the availability of s. 45 as a defence after the enactment of s. 251(4). He took the point that s. 251 (4) (and its companion provisions s. 251(5), (6)) could have an application where s. 45 would not apply, and that is where a drug or other noxious substance was the means employed for an abortion, rather than a surgical operation: see *R. v. Morgentaler (No. 4)*<sup>13</sup>. Since the present case deals with a surgical operation, which is within both s. 251(4) and s. 45, nothing is added by the point taken by the learned trial Judge, unless it be the fact that where s. 251(4) has been satisfied no offence has been committed, whereas under s. 45 there is simply protection from criminal responsibility if an accused brings himself within it under the limited requirements of proof applicable where

les faits devant nous ne placent pas l'espèce présente dans le cadre exact des situations évoquées.

Une région urbaine peut néanmoins n'être pas différente d'une région rurale éloignée et en vérité peut même être plus hostile pour une jeune femme sans amis, née dans un autre pays et relativement étrangère au Canada, qui est seule, apeurée par sa grossesse, n'a ni les moyens ni la possibilité d'obtenir les moyens de se prévaloir de la procédure complexe du par. (4) de l'art. 251, et en désespoir de cause, recherche l'aide d'un chirurgien qualifié qui, jugeant honnêtement la situation, croit qu'un avortement chirurgical immédiat s'impose et le pratique effectivement pour sauvegarder la santé mentale de la jeune femme sinon aussi sa santé physique. Je crois que dans de telles circonstances, il est entièrement raisonnable que l'art. 45 soit admissible comme moyen de défense à laisser au jury. Il pourrait en être autrement si le par. (4) de l'art. 251 contenait le genre de disposition exonératoire que l'on retrouve dans le par. (4) de l'art. 1 de la loi anglaise de 1967 mais le par. (4) de l'art. 251 ne contient pas de tempérament semblable pour dispenser de l'avis d'autres médecins qualifiés ou de l'utilisation d'un hôpital approuvé comme le fait la loi anglaise.

Au cours du procès, après qu'une preuve eut été offerte à l'appui d'une défense fondée sur l'art. 45, le juge de première instance, le juge en chef adjoint Hugessen, a considéré nécessaire de statuer sur l'admissibilité de l'art. 45 comme moyen de défense après l'adoption du par. (4) de l'art. 251. Il a adopté le point de vue que le par. (4) de l'art. 251 (avec les dispositions connexes, les par. (5) et (6)) peut s'appliquer quand l'art. 45 n'a pas d'application, soit dans un cas où une drogue ou autre substance délétère a été le moyen employé pour l'avortement, plutôt qu'une intervention chirurgicale: voir *R. v. Morgentaler (No 4)*<sup>13</sup>. Puisqu'en l'espèce il s'agit d'une opération chirurgicale, laquelle est prévue au par. (4) de l'art. 251 et à l'art. 45, le point de vue du savant juge de première instance n'ajoute rien si ce n'est que lorsqu'on se conforme aux exigences du par. (4) de l'art. 251, il n'y a pas d'infraction, alors que l'art.

<sup>13</sup> (1973), 14 C.C.C. (2d) 455.

<sup>13</sup> (1973), 14 C.C.C. (2d) 455.

an accused has the carriage of an issue.

I am not only satisfied that s. 45 remains available as a defence but also that there was evidence upon which the trial Judge could leave that defence to the jury. In charging the jury on this defence, the trial Judge told them that it had a wider and more detailed import than the defence of necessity which he also put to them, (I deal with this defence later in these reasons), and he proceeded to outline the elements of a s. 45 defence and then to relate the evidence to those elements. It is important to notice that in explaining the elements of s. 45 to the jury the trial Judge put it to them that the required regard "to all the circumstances of the case" in s. 45 brought into play s. 251(4) itself as a circumstance bearing on the resort to s. 45: see *R. v. Morgentaler (No. 5)*<sup>14</sup>.

I have already noted that a s. 45 defence, which is posited on reasonableness in the various particulars mentioned therein, raises a question which goes beyond mere honest belief or good faith of the doctor, so that it is for the jury to determine whether it is as probable as not that the requirements of the section have been met. The belief and good faith of the doctor are admissible elements referable to what the jury must determine, but they do not themselves conclude the issue in his favour under s. 45.

The defence of necessity raises considerations which on one view, that underlying the *Bourne* case, gives a wider defence than s. 45 and on another view is much narrower in scope if, indeed, it is at all open. The members of the Quebec Court of Appeal variously viewed s. 45 and the defence of necessity as intertwined or as related (at least in this case), and it seems to me also that, in failing to distinguish the objective character of s. 45 from the subjective aspect of the *Bourne* doctrine, some

45 n'accorde qu'une simple protection contre la responsabilité criminelle si l'inculpé réussit à s'insérer dans le cadre prescrit sous le régime du fardeau de preuve restreint applicable à la preuve mise à la charge d'un accusé.

Je ne suis pas seulement convaincu que l'art. 45 reste admissible comme moyen de défense mais aussi qu'il y avait sur ce point des éléments de preuve dont le juge pouvait laisser l'appréciation au jury. En lui donnant ses directives sur ce moyen de défense, il lui a dit qu'elle a une portée plus large et plus détaillée que la défense de nécessité qu'il leur a aussi soumise, (j'en traiterai plus loin), il en a exposé les éléments et a ensuite fait le lien entre la preuve et ces éléments. Il est important de noter qu'en expliquant au jury les éléments de l'art. 45 le juge de première instance lui a indiqué que l'exigence de considérer «toutes les autres circonstances de l'espèce» fait entrer en ligne de compte le par. (4) de l'art. 251 à titre de circonstance pouvant avoir un effet sur le recours à l'art. 45: voir *R. v. Morgentaler (No. 5)*<sup>14</sup>.

J'ai déjà noté qu'un moyen de défense fondé sur l'art. 45, qui est axé sur le caractère raisonnable des divers éléments y mentionnés, soulève une question qui va au-delà de la simple croyance honnête ou bonne foi du médecin, de sorte qu'il appartient au jury de décider s'il est assez probable que les exigences de l'article ont été respectées. La croyance et la bonne foi du médecin sont des éléments admissibles en rapport avec ce que le jury doit décider mais ils ne peuvent par eux-mêmes régler la question en faveur du médecin sous le régime de l'art. 45.

Le moyen de défense de nécessité soulève des considérations qui, sous un aspect, qui est à la base de la décision *Bourne*, lui donnent une portée plus grande que l'art. 45, mais qui, sous un autre aspect, lui donnent une portée beaucoup plus étroite, si vraiment cette défense est admissible. Les membres de la Cour d'appel du Québec ont diversement considéré l'art. 45 et la nécessité comme entremêlées ou reliées (du moins en l'espèce), et il me semble aussi que, en ne faisant pas

<sup>14</sup> (1973), 14 C.C.C. (2d) 459.

<sup>14</sup> (1973), 14 C.C.C. (2d) 459.

members of that Court were led into error in postulating that to allow a s. 45 defence in the face of s. 251(4) would be to countenance abortion on demand, a position rejected by counsel for the appellant, and rightly so in my opinion.

There are views on the defence of necessity which would limit it very severely and in respect of which the *Bourne* case would be regarded as an exception. Kenny's *Outlines of the Criminal Law* (19th ed. 1966) states the strict view, albeit expressing doubt in view of *R. v. Dudley and Stephens*<sup>15</sup>, whether necessity could ever be a defence to a homicide. The author says this (at p. 73):

Probably no such defence can be accepted in any case (1) where the evil averted was a lesser evil than the offence committed to avert it, or (2) where the evil could have been averted by anything short of the commission of that offence, or (3) where more harm was done than was necessary for averting the evil. Hence it is scarcely safe to lay down any more definite rule than that suggested by Sir James Stephen, viz. that "it is just possible to imagine cases in which the expediency of breaking the law is so overwhelmingly great that people may be justified in breaking it; but these cases cannot be defined beforehand.

See also Smith and Hogan, *Criminal Law*, (3rd ed. 1973), at p. 159. Williams, *Criminal Law*, (2nd ed. 1961) takes a more liberal view saying (at p. 724) that notwithstanding the doubts expressed by others, "it will be here submitted somewhat confidently that the defence is recognized in English law". Whether its limits can be defined in any general way is another matter. In his review of the authorities, Williams asserts that in most of them that have recognized the defence the act was done to preserve life. He assessed the defence of necessity as follows:

Generally, the doctrine is limited to cases where the harm sought to be avoided is an immediate and physical one. Thus necessity is no excuse for the deliberate creation of a nuisance: the sanction of statute must be

la distinction entre le caractère objectif de l'art. 45 et l'aspect subjectif de la théorie de la décision *Bourne*, quelques membres de la Cour d'appel ont été induits en erreur en postulant qu'en regard du par. (4) de l'art. 251, admettre le moyen de défense de l'art. 45 serait permettre l'avortement sur demande, une position qui a été rejetée par l'avocat de l'appelant, et à bon droit à mon avis.

Il y a sur le moyen de défense de nécessité des opinions qui voudraient le restreindre très strictement et en regard desquelles la décision *Bourne* serait considérée comme une exception. Dans *Outlines of the Criminal Law*, de Kenny, (19<sup>e</sup> éd. 1966), le point de vue strict est énoncé, bien qu'on y exprime, en raison de la décision *R. v. Dudley and Stephens*<sup>15</sup>, un doute à savoir si la nécessité pourrait jamais être un moyen de défense à l'encontre d'un homicide. L'auteur dit (à la p. 73):

[TRADUCTION] Il est probable qu'on ne peut accepter une telle excuse (1) lorsque le mal évité est un moindre mal que l'infraction commise pour l'éviter, ou (2) lorsque le mal aurait pu être évité sans aller jusqu'à perpétrer cette infraction, ou (3) lorsque l'on a causé un tort plus grand que nécessaire pour éviter le mal. Aussi il est peu sûr de poser une règle plus définie que celle suggérée par Sir James Stephen, à savoir, qu'il n'est pas impossible d'imaginer des cas où violer la loi est un expédient qui s'impose avec une telle force que l'on peut être excusable de le faire; mais ces cas ne peuvent être définis à l'avance.»

Voir aussi Smith and Hogan, *Criminal Law* (3<sup>ème</sup> éd. 1973), à la p. 159. Williams, *Criminal Law*, (2<sup>ème</sup> éd. 1961) exprime un point de vue plus libéral, disant (à la p. 724) que nonobstant les doutes qui ont été exprimés par d'autres, [TRADUCTION] «nous soutiendrons ici avec assez d'assurance que ce moyen de défense est admis en droit anglais». C'est autre chose que d'en définir les limites en termes généraux. Dans sa rétrospective des précédents, Williams déclare que dans la plupart des cas où l'on a admis ce moyen de défense, le geste avait été posé pour sauver une vie. Il exprime son opinion comme suit:

[TRADUCTION] De façon générale, la théorie est restreinte à des cas où le mal que l'on cherche à éviter est immédiat et physique. Ainsi la nécessité n'est pas une excuse pour la création délibérée d'une nuisance: même

<sup>15</sup> (1884), 14 Q.B.D. 273.

<sup>15</sup> (1884), 14 Q.B.D. 273.

obtained, even though the nuisance is for the public benefit. It is only Parliament that can decide when private rights are to be subordinated to general economic well-being. Even when the defendant aims at the avoidance of suffering, he is justified in breaking the law only in circumstances of emergency. Thus a surgeon who supplied morphine for use in mountaineering first-aid stations was convicted by magistrates, since the Dangerous Drugs Act contained no exception for such supply.

However, exceptional cases may occur where the defence may be stretched beyond this . . .

The decision in *Bourne*, which has already been referred to, may also be regarded as exceptional . . .

In his charge to the jury on necessity as a defence, the trial Judge said this (as translated in 14 C.C.C. (2d) 459, at p. 460):

I can summarize the defence of necessity for you, then, in the following way: the law, in certain circumstances, allows an illegal act, because it is absolutely necessary, to become, by this very fact, legal. However, the term necessary does not mean preferable, to be wished for, or desirable, but, on the contrary, that it is the only solution by which to avoid a disaster to a person's life or health which would otherwise be not only probable but unavoidable.

The Quebec Court of Appeal was of the opinion, founding itself on a strict view of the second element quoted from Kenny, *supra*, that there was simply no evidentiary basis for a conclusion that there was any impossibility of complying with s. 251(4) (per Casey J.A.) or that there was any obvious and immediate necessity or a grave emergency (per Rinfret J.A.), or that there was any necessity and urgency of acting (per Crete J.A.), or that the decision of the accused to perform the abortion was taken in good faith in accordance with the requirements of the defence of necessity, involving the impossibility of complying with s. 251(4) (per Bélanger J.A.), or that it was necessary to proceed immediately with the abortion and without having furnished evidence that it was then impossible to meet the requirements of s. 251(4) (per Dubé J.A.).

It appears quite clearly that what the Quebec Court of Appeal saw in the defence of necessity

si la nuisance est à l'avantage du public, elle doit être autorisée par la loi. Seul le Parlement peut décider quand des droits individuels doivent être subordonnés au bien-être économique général. Même si le but de l'accusé a été d'éviter la souffrance, violer la loi n'est une justification qu'en cas d'urgence. Ainsi un médecin qui avait procuré de la morphine à des stations alpines de premiers soins a été déclaré coupable par les magistrats, puisque le *Dangerous Drugs Act* ne prévoit pas d'exception pour un tel cas.

Cependant des cas exceptionnels peuvent se produire où le moyen de défense peut recevoir une extension . . .

La décision *Bourne*, dont il a déjà été fait mention, peut aussi être considérée comme exceptionnelle . . .

Dans les directives qu'il a données au jury sur la nécessité comme moyen de défense, le juge de première instance a déclaré ceci (traduit en anglais au volume 14 des C.C.C. (2d), à la p. 460):

Je peux donc vous résumer la défense de nécessité de la façon suivante: la loi, dans certaines circonstances, permet qu'un acte illégal, parce que absolument nécessaire, devienne par ce fait même légal. Cependant, par nécessaire on ne veut pas dire préférable, souhaitable ou désirable, mais par contre, que c'est la seule solution pour éviter un désastre à la vie ou à la santé d'une personne qui serait autrement non seulement probable mais inévitable.

La Cour d'appel du Québec a été d'avis, se fondant sur une interprétation stricte du second élément cité dans Kenny, *supra*, que, tout simplement, il n'y avait pas de preuve pouvant fonder la conclusion qu'il n'y avait pas possibilité de se conformer aux exigences du par. (4) de l'art. 251 (juge d'appel Casey) ou qu'il n'y avait pas nécessité évidente et immédiate ou urgence grave (juge d'appel Rinfret), ou qu'il n'y avait pas nécessité ou urgence d'agir (juge d'appel Crête), ou que la décision de l'accusé de procurer l'avortement avait été prise de bonne foi conformément aux exigences de la défense de nécessité, lesquelles comportent l'impossibilité de se conformer au par. (4) de l'art. 251 (juge d'appel Bélanger), ou qu'il était nécessaire de procéder immédiatement à l'avortement et sans avoir fourni de preuve qu'il était alors impossible de satisfaire aux exigences du par. (4) de l'art. 251 (juge d'appel Dubé).

Il paraît très clair que la Cour d'appel du Québec voit dans la défense de nécessité cette

was urgency of such a nature as to make it impossible to obtain a lawful abortion under s. 251(4). The test it would apply parallels that which can rarely be met, if at all, where the charge against the accused is one arising out of homicide. I am not prepared to take the same stringent view of urgency and impossibility as did the Quebec Court of Appeal, and I would observe, moreover, that there is a danger here in usurping the function of the jury on that question according to the way in which it is defined. I do not doubt, of course, that the necessity must arise out of danger to life or health and not merely out of economic circumstances, although the latter may have an effect in producing the danger to life or health.

The trial Judge in charging the jury on necessity could only have done so on the basis that there was evidence to go to the jury on which they could make a finding that the defence was made out. Since the charge arose out of a surgical operation and since provision existed for a lawful therapeutic abortion under s. 251(4), the evidentiary question, in the light of the law which was put to the jury, is whether there were more emergent circumstances than those reflected in s. 45 upon which the jury could act, if it so chose, despite the provision for a lawful abortion under s. 251(4). In my opinion, there was some such evidence in the present case, evidence of the accused that he feared that the pregnant woman would do something foolish unless she was given immediate professional medical attention to relieve her condition and her anxiety. The jury was entitled, if it so chose, to consider this evidence as raising an emergency situation in the light of the fact that the woman was a friendless stranger in this country, adrift more or less in an unfamiliar urban locality. It was for the jury to say whether in such circumstances the harm sought to be avoided by performing the abortion was an immediate and physical one (to use the words of "Williams", above quoted) and whether there was enough of an emergency in this respect facing the accused as to make it certain

urgence qui est de nature à rendre impossible un avortement effectué conformément au par. (4) de l'art. 251. Le critère qu'elle voudrait appliquer en est un auquel on peut rarement satisfaire, si jamais on le peut, lorsque l'infraction imputée à l'accusé est un homicide. Je ne suis pas prêt à adopter sur l'urgence et l'impossibilité un point de vue aussi strict que celui de la Cour d'appel du Québec, et je ferai remarquer, de plus, qu'il y a ici danger d'usurper la fonction du jury sur cette question en la définissant. Je ne mets pas en doute, évidemment, que la nécessité doit résulter d'un danger pour la vie ou la santé et non simplement de circonstances de nature économique, bien que celles-ci puissent avoir un effet dans la création d'un danger pour la vie ou la santé.

Le juge du procès, lorsqu'il a donné des directives au jury sur la nécessité, n'a pu le faire qu'en étant d'avis qu'il y avait des éléments de preuve sur lesquels le jury pouvait conclure que la défense avait été établie. Comme l'inculpation résulte d'une opération chirurgicale et comme il existe une disposition prévoyant un avortement thérapeutique légal sous le régime du par. (4) de l'art. 251, la question quant à la preuve, à la lumière du droit qui a été expliqué au jury, est de savoir s'il y avait des circonstances plus urgentes que celles évoquées dans l'art. 45 sur lesquelles le jury pouvait prononcer un acquittement s'il le jugeait à propos, malgré la disposition prévoyant l'avortement légal sous le régime du par. (4) de l'art. 251. A mon avis, il y avait en l'espèce de tels éléments de preuve, le témoignage de l'accusé dans lequel celui-ci affirme qu'il craignait que la femme enceinte ne posât quelque geste malheureux si elle ne recevait pas immédiatement des soins professionnels pour soulager son état et son anxiété. Le jury avait le droit, s'il le jugeait à propos, de considérer ce témoignage comme attestant d'une situation urgente à la lumière du fait que la femme était une étrangère sans amis dans ce pays, plus ou moins abandonnée dans un milieu urbain qu'elle ne connaissait pas. Il appartenait au jury de dire si dans de telles circonstances le mal qu'on a cherché à éviter en procurant l'avortement était immédiat et physique (pour utiliser l'expression de *Williams*, citée ci-dessus) et si la situation à laquelle devait faire face l'accusé était suffisamment urgente à cet

that there could be no effective resort to the machinery of s. 251(4) to cope with the emergency.

I need hardly say that the sufficiency of evidence on any issue is a matter for the jury, which alone is charged to accept what it chooses and to weigh what it accepts in the light of the law given to it by the trial Judge. The jury discharged this function in this case; and once it is decided, as in my opinion is the case here, that there was evidence to go to the jury on the two defences which, again in my opinion, were properly left to the jury, the jury's verdict is not one which can be lightly interfered with, by an appellate court.

In the result, I would allow the appeal, set aside the conviction registered by the Quebec Court of Appeal and restore the jury's verdict of acquittal. I refrain from any conclusion as to what would have been the appropriate course in this case if I had been of the opinion that neither of the two defences should have been left to the jury. It is clear, of course, that if one only of the two defences should properly have been left to the jury, the proper order would have been to direct a new trial.

Martland, Ritchie, Beetz and de Grandpré JJ. concurred with the judgment delivered by

**PIGEON J.**—The charge on which the appellant was tried on a preferred indictment was in the following terms:

[TRANSLATION] On or about the 15th day of August, 1973, with intent to procure the miscarriage of a female person, to wit, VERONA PARKINSON, whether or not she was pregnant, used some means for the purpose of carrying out his intention, to wit, the manipulation and use of an instrument, thereby committing an indictable offence contrary to Section 251 (1) Cr. C.

The relevant provisions of s. 251 of the *Criminal Code* read:

**251.** (1) Every one who, with intent to procure the miscarriage of a female person, whether or not she is pregnant, uses any means for the purpose of carrying out his intention is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

égard pour qu'il fût certain qu'on ne pouvait recourir efficacement aux mécanismes du par. (4) de l'art. 251.

Il n'est guère besoin de dire que la suffisance de la preuve sur une question relève du jury, qui seul a la mission d'accepter ce qu'il veut et d'apprécier ce qu'il accepte à la lumière des directives sur le droit reçues du juge du procès. Le jury en l'espèce a rempli cette fonction; et dès qu'il est décidé, comme à mon avis c'est le cas ici, qu'il existait des éléments de preuve à soumettre au jury sur les deux moyens de défense qui, à mon avis encore une fois, ont été à bon droit soumis au jury, le verdict de ce dernier n'est pas un verdict qu'une cour d'appel peut modifier à la légère.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer la déclaration de culpabilité consignée par la Cour d'appel du Québec et de rétablir le verdict d'acquittement du jury. Je m'abstiens de toute conclusion sur ce qu'aurait été l'arrêt approprié en l'espèce si j'avais été d'avis que ni l'un ni l'autre des deux moyens de défense n'aurait dû être soumis au jury. Il est clair, naturellement, que si l'un seulement des moyens de défense aurait pu régulièrement être soumis au jury, l'arrêt aurait dû ordonner un nouveau procès.

Les juges Martland, Ritchie, Beetz et de Grandpré souscrivent au jugement rendu par

**LE JUGE PIGEON**—L'appelant a subi son procès sur une inculpation directe par le procureur général dans les termes suivants:

Le ou vers le 15 août 1973, avec l'intention de provoquer l'avortement d'une personne de sexe féminin, à savoir VERONA PARKINSON, qu'elle soit enceinte ou non, a employé quelque moyen pour réaliser son intention, à savoir la manipulation et l'emploi d'un instrument, commettant par là un acte criminel, contrairement à l'article 251 (1) C.cr;

Les dispositions pertinentes de l'art. 251 du *Code criminel* sont les suivantes:

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

(3) In this section, "means" includes

- (a) the administration of a drug or other noxious thing,
- (b) the use of an instrument, and
- (c) manipulation of any kind.

(4) Subsections (1) and (2) do not apply to

(a) a qualified medical practitioner, other than a member of a therapeutic abortion committee for any hospital, who in good faith uses in an accredited or approved hospital any means for the purpose of carrying out his intention to procure the miscarriage of a female person,

if, before the use of those means, the therapeutic abortion committee for that accredited or approved hospital, by a majority of the members of the committee and at a meeting of the committee at which the case of such female person has been reviewed,

(c) has by certificate in writing stated that in its opinion the continuation of the pregnancy of such female person would or would be likely to endanger her life or health, and

(d) has caused a copy of such certificate to be given to the qualified medical practitioner.

(6) For the purposes of subsections (4) and (5) and this subsection

"therapeutic abortion committee" for any hospital means a committee, comprised of not less than three members each of whom is a qualified medical practitioner, appointed by the board of that hospital for the purpose of considering and determining questions relating to terminations of pregnancy within that hospital.

The trial took place before a judge and jury. The accused did not deny having performed the abortion with which he was charged. On the contrary, testifying in his own defence, he admitted having "helped" in the same way a large number of pregnant women. Some of the grounds of defence urged in a very lengthy trial were that this was a case of necessity for the operation and that it was justified by s. 45 of the *Criminal Code* which is in the following terms:

(3) Au présent article, l'expression «moyen» comprend

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

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

a) à un médecin qualifié, autre qu'un membre d'un comité de l'avortement thérapeutique de quelque hôpital, qui emploie de bonne foi, dans un hôpital accrédité ou approuvé, quelque moyen pour réaliser son intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin,

si, avant que ces moyens ne soient employés, le comité de l'avortement thérapeutique de cet hôpital accrédité ou approuvé, par décision de la majorité des membres du comité et lors d'une réunion du comité au cours de laquelle le cas de cette personne du sexe féminin a été examiné,

c) a déclaré par certificat qu'à son avis la continuation de la grossesse de cette personne du sexe féminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière, et

d) a fait remettre une copie de ce certificat au médecin qualifié.

(6) Aux fins des paragraphes (4) et (5) et du présent paragraphe ...

«comité de l'avortement thérapeutique» d'un hôpital désigne un comité formé d'au moins trois membres qui sont tous des médecins qualifiés, nommé par le conseil de cet hôpital pour examiner et décider les questions relatives aux arrêts de grossesse dans cet hôpital;

Le procès s'est déroulé devant un juge et un jury. L'accusé n'a pas nié avoir procuré l'avortement dont il est inculpé. Bien au contraire, témoignant pour sa propre défense, il a admis avoir «aidé» de la même façon un grand nombre de femmes enceintes. Comme moyens de défense au cours d'un très long procès, il a soutenu qu'il s'agissait d'un cas de nécessité et a invoqué la protection qu'accorde l'art. 45 du *Code criminel* comme suit:

**45.** Every one is protected from criminal responsibility for performing a surgical operation upon any person for the benefit of that person if

- (a) the operation is performed with reasonable care and skill, and
- (b) it is reasonable to perform the operation, having regard to the state of health of the person at the time the operation is performed and to all the circumstances of the case.

The trial judge ruled that the accused was entitled to claim the benefit of this provision although no effort had admittedly been made to submit the woman's case to a hospital therapeutic abortion committee in accordance with s. 251(4). He left to the jury to decide whether the accused had made good his above mentioned defences to the extent of raising a reasonable doubt as to his guilt. A verdict of acquittal was returned.

On appeal by the Crown it was unanimously held that the trial judge had erred in law, the verdict of acquittal was set aside and a conviction was entered with a direction to the trial judge to pass sentence.

On the appeal to this Court, it was contended:

- (a) that s. 251 of the *Criminal Code* is unconstitutional;
- (b) that it is inoperative by virtue of the *Canadian Bill of Rights*;
- (c) that the preferred indictment was void as constituting an abuse of power by the provincial attorney general;
- (d) that the accused was entitled to the benefit of the defences of necessity and of s. 45;
- (e) that the operation performed was not within the intendment of s. 251;
- (f) that the Court of Appeal could not substitute a conviction for an acquittal in a jury trial.

Notice of the constitutional question was given and the Attorney General of Canada intervened to support the constitutional validity of s. 251 Cr.C. The Canadian Civil Liberties Association and The

**45.** Toute personne est à couvert de responsabilité criminelle lorsqu'elle pratique sur une autre, pour le bien de cette dernière, une opération chirurgicale,

- a) si l'opération est pratiquée avec des soins et une habileté raisonnables, et
- b) s'il est raisonnable de pratiquer l'opération, étant donné l'état de santé de la personne au moment de l'opération et toutes les autres circonstances de l'espèce.

Le juge de première instance a décidé que l'accusé avait le droit d'invoquer cette disposition bien qu'il fût admis qu'aucun effort n'avait été fait pour soumettre le cas à un comité hospitalier de l'avortement thérapeutique conformément au par. (4) de l'art. 251. Il a laissé au jury le soin de décider si l'accusé avait justifié ses moyens de défense ci-dessus mentionnés au point de soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Un verdict d'acquittement a été rendu.

A la suite d'un appel interjeté par le ministère public, il a été unanimement décidé que le juge de première instance avait commis une erreur de droit, le verdict d'acquittement a été écarté et un verdict de culpabilité a été consigné avec directive au juge de première instance de prononcer la sentence.

Dans le pourvoi à cette Cour, on prétend:

- a) que l'art. 251 du *Code criminel* est inconstitutionnel;
- b) qu'il est inopérant vu la *Déclaration canadienne des droits*;
- c) que l'inculpation directe est nulle du fait qu'elle constitue un abus de pouvoir de la part du procureur général de la province;
- d) que l'accusé a le droit de se prévaloir des moyens de défense fondés sur la nécessité et sur l'art. 45;
- e) que l'opération pratiquée n'est pas visée par l'art. 251;
- f) que la Cour d'appel ne pouvait pas substituer une déclaration de culpabilité à l'acquittement prononcé par un jury.

Avis a été donné de la question constitutionnelle et le procureur général du Canada est intervenu pour soutenir la validité de l'art. 251 du *Code criminel*. La Canadian Civil Liberties Association

Foundation for Women in Crisis were given leave to intervene to support the attack based on the *Canadian Bill of Rights*. Alliance for Life, La Fondation pour la Vie, Le Front commun pour le Respect de la Vie, and l'Association des Médecins du Québec pour le Respect de la Vie were also permitted to intervene in order to oppose such attack.

After hearing counsel for the appellant and for the two intervenants supporting the attack against s. 251, the Court unanimously decided that no case had been made out to require hearing counsel for the Crown or the intervenants on the constitutional validity of s. 251, the effect of the *Bill of Rights* and the validity of the preferred indictment. Thus, the only points raised on the appeal which remain to be considered are the last three above enumerated.

Dealing first with the defences of necessity and of s. 45, it must be noted that while the five judges who heard the case in appeal were all of the view that these were not available to the accused, their reasons for so deciding were not identical, especially with respect to s. 45.

Concerning the defence of necessity, Casey J.A. relied on Kenny's opinion the conclusion of which is:

Probably no such defence can be accepted in any case (1) where the evil averted was a lesser evil than the offence committed to avert it, or (2) where the evil could have been averted by anything short of the commission of that offence, or (3) where more harm was done than was necessary for averting the evil. Hence it is scarcely safe to lay down any more definite rule than that suggested by Sir James Stephen, viz. that 'it is just possible to imagine cases in which the expediency of breaking the law is so overwhelmingly great that people may be justified in breaking it; but these cases cannot be defined beforehand'.

In the end, Casey J.A. concluded:

Nowhere is it shown that Respondent made any effort, as was his duty, to find out why this woman couldn't comply with the law nor do I find anything tending to establish that such compliance was impossible. Assuming on the need issue that there was some-

et la Foundation for Women in Crisis ont été autorisées à intervenir à l'appui de l'attaque fondée sur la *Déclaration canadienne des droits*. Alliance for Life, la Fondation pour la Vie, le Front commun pour le Respect de la Vie et l'Association des Médecins du Québec pour le Respect de la Vie ont été autorisés à intervenir pour s'opposer à cette attaque.

Après avoir entendu les avocats de l'appelant et des deux intervenantes qui soutenaient l'attaque contre l'art. 251, la Cour a unanimement décidé qu'on n'avait rien établi qui rendait nécessaire d'entendre les avocats du ministère public ou des intervenants sur la validité constitutionnelle de l'art. 251, l'effet de la *Déclaration des droits* et la validité de l'inculpation directe. Ainsi, les seules points soulevés dans ce pourvoi qui restent à examiner sont les trois derniers mentionnés ci-dessus.

Traitant d'abord des moyens de défense excipant de la nécessité et de l'art. 45, on doit noter que bien que les cinq juges qui ont entendu la cause en Cour d'appel aient tous été d'avis que l'accusé ne pouvait en bénéficier, leurs motifs pour en arriver à cette décision diffèrent, particulièrement à l'égard de l'art. 45.

Sur la défense de nécessité, M. le juge Casey s'est appuyé sur l'opinion de Kenny dont la conclusion est la suivante:

[TRADUCTION] Il est probable qu'on ne peut accepter une telle excuse (1) lorsque le mal évité est un moindre mal que l'infraction commise pour l'éviter, ou (2) lorsque le mal aurait pu être évité sans aller jusqu'à perpétrer cette infraction, ou (3) lorsque l'on a causé un tort plus grand que nécessaire pour éviter le mal. Aussi il est peu sûr de poser une règle plus définie que celle suggérée par Sir James Stephen, à savoir, qu'il n'est pas impossible d'imaginer des cas où violer la loi est un expédient qui s'impose avec une telle force que l'on peut être excusable de le faire; mais ces cas ne peuvent être définis à l'avance.»

La conclusion à laquelle M. le juge Casey est finalement arrivé est la suivante:

[TRADUCTION] Il n'apparaît nulle part que l'intimé ait fait quelque effort, comme c'était son devoir, pour trouver pourquoi cette femme ne pouvait se conformer à la loi, et je ne trouve rien qui tende à établir qu'il était impossible pour elle de s'y conformer. Supposant, sur la

thing for the jury to consider the complete absence of proof on the other leads inescapably to the conclusion that a properly directed jury—necessarily would have convicted.

The views expressed by the other judges were not significantly different on this question. As I read them they were all of the view that there was no evidence of the urgent necessity which, as the Crown conceded may, in very exceptional circumstances, justify a violation of the criminal law, this being a common law defence preserved by s. 7(3) of the *Criminal Code*. Before this Court, nothing was said that would tend to show that there was any evidence of an urgent necessity for effecting the abortion in disregard of s.251 Cr.C. In *Parnerkar v. The Queen*<sup>16</sup>, (at p. 454) Fauteux C.J., speaking for a majority, said:

If, then, the record is denuded of any evidence potentially enabling a reasonable jury acting judicially to find a wrongful act or insult of the nature and effect set forth in s. 203(3)(a) and (b), it is then, as a matter of law, within the area exclusively reserved to the trial judge to so decide and his duty to refrain from putting the defence of provocation to the jury.

This reasoning is clearly applicable to every defence, seeing that it rests on the fundamental definition of the respective roles of judge and jury. I am therefore of the opinion that the Court of Appeal was correct in holding that the trial judge erred in putting the defence of necessity before the jury as there was no evidence to support it.

Concerning s. 45, three of the judges who sat on the 'case in appeal were of the view that this provision was not available as a defence to a charge under s. 251(1), while the other two, namely, Casey and Rinfret J.J.A., appear to hold only that it was not available in the circumstances of the present case. I think that the majority opinion is the correct view to be taken of the

question du besoin, qu'il y ait quelque élément que le jury pouvait examiner, l'absence complète de preuve sur l'autre mène inévitablement à la conclusion qu'un jury ayant reçu des directives régulières—aurait nécessairement conclu à la culpabilité.

Il n'y a pas de différence importante dans les opinions exprimées par les autres juges sur cette question. Comme je les vois, ils ont tous été d'avis qu'il n'y avait pas de preuve de cette nécessité urgente qui, comme le ministère public l'a reconnu, peut dans des circonstances exceptionnelles justifier une violation de la loi criminelle, cette nécessité urgente étant un moyen de *common law* maintenu par le par. (3) de l'art. 7 du *Code criminel*. Devant cette Cour, on n'a rien dit qui tende à démontrer qu'il existe quelque élément de preuve établissant qu'il y avait nécessité urgente de procurer l'avortement au mépris de l'art. 251 du *Code criminel*. Dans l'arrêt *Parnerkar c. la Reine*<sup>16</sup>, (à la p. 454), M. le juge en chef Fauteux, parlant pour une majorité de la Cour, déclarait:

Alors, si le dossier est dépourvu de toute preuve susceptible de permettre à un jury raisonnable agissant judiciairement de trouver une action injuste ou une insulte de la nature et du caractère mentionnés aux al. a) et b) du par. (3) de l'art. 203, il entre donc, comme question de droit, dans le cadre des attributions exclusivement réservées au juge de première instance de le décider et celui-ci doit s'abstenir de soumettre au jury la défense de provocation.

Ce raisonnement s'applique clairement à toute défense, puisqu'il est basé sur la définition fondamentale des fonctions propres d'un juge et d'un jury. Je suis par conséquent d'avis que c'est à bon droit que la Cour d'appel a statué que le juge de première instance a commis une erreur en soumettant au jury la défense de nécessité puisqu'il n'y avait aucune preuve pour l'étayer.

Quant à l'art. 45, trois des cinq juges qui ont siégé en Cour d'appel ont été d'avis que cette disposition n'était pas applicable comme moyen de défense à l'encontre d'une accusation portée en vertu du par. (1) de l'art. 251, alors que MM. les juges Casey et Rinfret semblent s'être bornés à statuer qu'elle n'était pas applicable dans les circonstances de l'espèce. Je crois que l'opinion de la

<sup>16</sup> [1974] S.C.R. 449.

<sup>16</sup> [1974] R.C.S. 449.

*Criminal Code* as it presently stands. When by s. 18 of the *Criminal Law Amendment Act 1968-69*, Parliament added subsections (4), (5), (6) and (7) to what was then s. 237 of the *Criminal Code* (comprising what is now s. 251, subs. (1), (2) and (3)), an explicit and specific definition was made of the circumstances under which an abortion could lawfully be performed. Essentially the requirements are that this must be done by a qualified medical practitioner in an accredited or approved hospital under the authority of a certificate of the latter's therapeutic abortion committee stating "that in its opinion the continuation of the pregnancy" of the woman "would or would be likely to endanger her life or health".

It would be wholly inconsistent with those requirements to read s. 45 as protecting from criminal responsibility any person who performs the operation anywhere provided only that it is done with reasonable care and skill, and it is reasonable having regard to the state of health of the woman. Section 251 plainly requires that the necessity of the operation be determined by a therapeutic abortion committee, independently of the practitioner performing it and goes so far as to specify that this practitioner cannot be a member of the committee. It is also required that this be done in an accredited or approved hospital. All those elaborate provisions would be meaningless if they could be ignored by virtue of s. 45.

These considerations are, in my view, so decisive that I find unnecessary to consider the elaborate material with which we were provided respecting the origins of s. 45 which remained practically unchanged from the enactment of our first criminal code to this day and have never, in all those years, been claimed to authorize what was specifically forbidden by what is now s. 251.

For much the same reason I find it unnecessary to say much about *R. v. Bourne*<sup>17</sup>. When that case was decided, the law on abortion in England was

majorité est celle que l'on doit adopter sur le *Code criminel* tel qu'il existe actuellement. Lorsque par l'art. 18 de la *Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, le Parlement a ajouté les par. (4), (5), (6) et (7) à ce qui était alors l'art. 237 du *Code criminel* (et est maintenant les par. (1), (2) et (3) de l'art. 251), les circonstances requises pour qu'un avortement puisse être légalement pratiqué ont été définies de façon explicite et spécifique. Les exigences essentielles sont que l'avortement soit pratiqué par un médecin qualifié dans un hôpital accrédité ou approuvé et qu'il soit autorisé par un certificat du comité de l'avortement thérapeutique de cet hôpital déclarant «qu'à son avis la continuation de la grossesse» de la femme «mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière».

Interpréter l'art. 45 comme mettant à couvert de responsabilité criminelle toute personne qui pratique l'opération n'importe où pourvu seulement que l'opération soit pratiquée avec des soins et une habileté raisonnables et soit elle-même raisonnable étant donné l'état de santé de la femme, est totalement incompatible avec ces exigences. L'art. 251 exige clairement que la nécessité de l'opération soit appréciée par un comité de l'avortement thérapeutique, indépendamment du médecin pratiquant l'opération, et il va jusqu'à spécifier que ce médecin ne peut pas faire partie du comité. Il exige aussi que l'opération soit pratiquée dans un hôpital accrédité ou approuvé. Toutes ces dispositions détaillées seraient sans portée si l'art. 45 permettait d'y passer outre.

Ces considérations sont, à mon avis, si décisives qu'il ne me paraît pas nécessaire d'examiner la documentation fouillée qu'on nous a fournie sur les origines de l'art. 45 qui est resté pratiquement inchangé depuis notre premier code criminel et n'a jamais été invoqué, au cours de toutes ces années, comme autorisation de faire ce que défendait spécifiquement ce qui est maintenant l'art. 251.

Voilà aussi pourquoi je ne trouve pas nécessaire de commenter longuement l'arrêt *R. v. Bourne*.<sup>17</sup> Lorsque l'affaire a été jugée, la loi sur l'avorte-

<sup>17</sup> [1939] 1 K.B. 687.

<sup>17</sup> [1939] 1 K.B. 687.

much the same as our own law before the 1968-69 amendments. In the absence of any explicit provision applicable to the sad case of a fourteen year old girl pregnant by reason of a rape for which her assailant had been convicted, there was good reason to consider this a case of necessity. This is how the decision is viewed by many writers. However, our law having now determined how such cases ought to be dealt with, the decision appears to be of historical interest only. I would also note that the operation was performed as an act of charity without a fee, not in the course of a lucrative business such as appellant's was.

With respect to the submission that the operation performed by the accused did not come within the intendment of s. 251(1), it appears to me to rest only on some dictionary definitions of miscarriage, ignoring the wider meaning of "avortement" in the French version as well as the definition of "means". By specifying the use of an instrument, this clearly covers a surgical abortion as practised by the accused. In any case, the amendments by referring to "terminations of pregnancy" make it indisputable that all such operations are included in the expression "using means for the purpose of carrying out his intention to procure the miscarriage of a female person".

The last question to be considered is whether the Court of Appeal could in the present case, where the appeal was from an acquittal by a jury, enter a verdict of guilty. The provisions defining the powers of the Court of Appeal in such case are those of subs. (4) of s. 613 which are as follows:

- (4) Where an appeal is from an acquittal the court of appeal may
  - (a) dismiss the appeal; or
  - (b) allow the appeal, set aside the verdict and
    - (i) enter a verdict of guilty with respect to the offence of which, in its opinion, the accused should have been found guilty but for the error in law, and pass a sentence that is warranted in law, or
    - (ii) order a new trial.

ment en Angleterre était à peu près comme la nôtre avant les modifications de 1968-69. En l'absence de toute disposition explicite applicable au cas déplorable d'une jeune fille de quatorze ans devenue enceinte par un viol pour lequel son assaillant avait été condamné, il y avait de bonnes raisons de considérer qu'il s'agissait d'un cas de nécessité. C'est de cette façon-là que plusieurs auteurs ont commenté l'arrêt. Cependant, notre loi ayant maintenant établi la façon de régler des cas semblables, il me semble n'avoir plus qu'un intérêt historique. Je ferai aussi remarquer que l'opération avait été pratiquée à titre charitable, sans honoraire, et non pas dans le cours d'une entreprise lucrative comme celle de l'appelant.

En ce qui a trait à la prétention selon laquelle l'opération pratiquée par l'accusé ne serait pas visée par le par. (1) de l'art. 251, elle ne me paraît reposer que sur des définitions données par certains dictionnaires, du mot anglais «miscarriage». Elle méconnaît le sens plus général du mot «avortement» de la version française ainsi que la définition du mot «moyen». En spécifiant l'emploi d'un instrument, celle-ci vise clairement un avortement chirurgical comme celui qu'a pratiqué l'accusé. De toute façon, en parlant d'«arrêts de grossesse», les modifications font voir indiscutablement que toutes semblables opérations sont incluses dans l'expression «emploie quelque moyen pour réaliser son intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin».

La dernière question à examiner est de savoir si la Cour d'appel pouvait en l'espèce, alors que l'appel était d'un acquittement par un jury, consigner un verdict de culpabilité. Les dispositions définissant les pouvoirs de la Cour d'appel dans un tel cas sont celles qu'énonce le par. (4) de l'art. 613, et se lisent comme suit:

- (4) Quand un appel est interjeté d'un acquittement, la cour d'appel peut
  - a) rejeter l'appel; ou
  - b) admettre l'appel, écarter le verdict et
    - (i) consigner un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction dont, à son avis, l'accusé aurait dû être déclaré coupable, n'eût été l'erreur en droit, et prononcer une sentence justifiée en droit, ou
    - (ii) ordonner un nouveau procès.

Because the order of the Court of Appeal in this case appears to be without precedent, a review of the relevant legislative history is desirable. Under the *Criminal Code* as enacted in 1892, an appeal by the Crown against an acquittal was possible only when a question of law had been reserved for the opinion of the Court of Appeal (1892 (Can.) c. 29, s. 743). However, if the Court trying the case refused to reserve the question, a motion for leave to appeal could be made to the Court of Appeal with the leave in writing of the Attorney General. If leave was granted, a case was stated as if the question had been reserved (s. 744). By an amendment in 1900, the leave of the Attorney General was no longer required (1900 (Can.) c. 46). A further amendment in 1909 provided that the application to the trial court to have the question reserved could be made "during or after the trial" (1909 (Can.) c. 9). The result was that the Crown had a right of appeal from an acquittal on any question of law by leave of the trial judge or of the Court of Appeal.

In 1923 (1923 (Can.) c. 41, s. 9), all the sections dealing with appeals to the Court of Appeal were replaced by what was practically a verbatim copy of the U.K. *Criminal Appeal Act* of 1907 (1907 (U.K.) c. 23). The only important differences were:

- (a) A right of appeal against sentence by the Crown as well as the accused, not by the accused only as in the English Act;
- (b) Provision for a new trial when a conviction is quashed.

The essential parts of the new enactment were:

**1013.** (1) A person convicted on indictment may appeal to the court of appeal against his conviction—

- (a) on any ground of appeal which involves a question of law alone; and
- (b) with leave of the court of appeal, or upon the certificate of the trial court that it is a fit case for appeal, on any ground of appeal which involves a

Vu que l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce semble être sans précédent, une revue de l'histoire législative pertinente est à propos. En vertu du *Code criminel* adopté en 1892, un appel par le ministère public à l'encontre d'un acquittement n'était possible que lorsqu'une question de droit avait été réservée à l'opinion de la Cour d'appel (1892 (Can.), c. 29, art. 743). Cependant, si la cour instruisant l'affaire refusait de résERVER la question, une requête pour autorisation d'appeler pouvait être présentée à la Cour d'appel avec la permission écrite du procureur général. Si l'autorisation était accordée, un exposé de la cause était préparé comme si la question avait été réservée (art. 744). Par une modification édictée en 1900, la permission du procureur général n'était plus obligatoire (1900 (Can.), c. 46). Une modification ultérieure en 1909 a permis que la demande à la cour de première instance aux fins de résERVER la question soit faite «durant ou après le procès» (1909 (Can.), c. 9). En conséquence, le ministère public avait un droit d'appel à l'encontre d'un acquittement sur toute question de droit avec l'autorisation du juge de première instance ou de la cour d'appel.

En 1923 (1923 (Can.), c. 41, art. 9), tous les articles traitant des appels à la Cour d'appel ont été remplacés par une reproduction pratiquement textuelle du *Criminal Appeal Act* de 1907 du Royaume-Uni (1907 (R.U.) c. 23). Les seules différences importantes étaient les suivantes:

- a) Le droit pour le ministère public et pour l'accusé d'interjeter appel de la sentence, et non pour l'accusé seulement comme dans le statut anglais;
- b) Une disposition prévoyant un nouveau procès lorsqu'un jugement de culpabilité est infirmé.

Les parties essentielles du nouveau texte étaient comme suit:

**1013.** (1) Une personne jugée coupable à la suite d'un acte d'accusation peut se pourvoir en appel contre ce jugement de culpabilité—

- a) pour tout motif d'appel comportant une simple question de droit; et
- b) avec l'autorisation de la cour d'appel, ou sur le certificat du tribunal attestant que la cause est susceptible d'appel, ou pour tout motif d'appel compor-

question of fact alone or a question of mixed law and fact; and

(c) with leave of the court of appeal, on any other ground which appears to the court of appeal to be sufficient ground of appeal.

(2) A person convicted on indictment, or the Attorney General, or the counsel for the Crown at the trial may with leave of a judge of the court of appeal, appeal to that court against the sentence passed by the trial court, unless that sentence is one fixed by law. . . .

#### 1014. . . .

(3) Subject to the special provisions contained in the following sections of this Part, when the court of appeal allows an appeal against conviction it may—

(a) quash the conviction and direct a judgment and verdict of acquittal to be entered; or

(b) direct a new trial;

and in either case may make such other order as justice requires.

While those amendments gave to the Crown a right of appeal in respect of the adequacy of the sentence and not merely its legality, they took away its right of appeal from an acquittal on a question of law. There seems to have been an oversight, they left intact the provision (1921 (Can.), c. 25, s. 18) for appeals to this Court "by any person whose acquittal has been set aside".

The right of appeal by the Crown on a question of law from an acquittal in the trial court, was reestablished in 1930 (1930 (Can.), c. 11, s. 28). This was done by replacing subs. (4) and (5) of s. 1013 (which excluded separate judgments in appeal unless, on a question of law, the Court found it convenient), by the following:

(4) Notwithstanding anything in this Act contained, the Attorney General shall have the right of appeal to the court of appeal against any judgment or verdict of acquittal of a trial court in respect of an indictable offence on any ground of appeal which involves a question of law alone.

(5) The procedure upon such an appeal and the powers of the court of appeal, including the power to grant a new trial, shall *mutatis mutandis* and so far as

tant une question de fait seulement, ou une question de droit et de fait; et

c) avec l'autorisation de la cour d'appel, pour quelque autre motif d'appel que la cour juge suffisant.

(2) Une personne jugée coupable à la suite d'un acte d'accusation, ou le procureur général ou l'avocat de la Couronne au procès peut, moyennant l'autorisation d'un juge de la cour d'appel, interjeter à cette cour appel de la sentence prononcée, à moins que cette sentence ne soit de celles que la loi détermine. . . .

#### 1014. . . .

(3) Subordonnement aux dispositions spéciales des articles suivants de la présente Partie, lorsque la cour d'appel autorise l'appel d'un jugement de culpabilité, elle peut—

a) infirmer le jugement de culpabilité et ordonner l'inscription d'un jugement et d'un verdict d'acquittement; ou

b) ordonner un nouveau procès;

et, dans l'un ou l'autre cas, rendre l'ordonnance qu'exige la justice.

Bien que toutes ces modifications aient donné au ministère public un droit d'appel sur la suffisance de la sentence, et non simplement sur sa légitimité, elles lui ont enlevé son droit d'en appeler d'un acquittement sur une question de droit. Il semble y avoir eu un oubli, car on a laissé subsister la disposition (1921 (Can.), c. 25, art. 18) autorisant un appel à cette Cour «par toute personne dont l'acquittement a été annulé».

Le droit d'appel du ministère public sur une question de droit à l'encontre d'un acquittement en première instance, a été rétabli en 1930 (1930 (Can.), c. 11, art. 28). Pour ce faire on a remplacé par les suivants les par. (4) et (5) de l'art. 1013 (lesquels prohibaient des «jugements séparés» en appel à moins que, sur une question de droit, la cour en ordonne autrement):

(4) Par dérogation aux dispositions contenues dans la présente loi, le procureur général a le droit d'interjeter appel à la cour d'appel de tout jugement ou verdict d'acquittement d'une cour de première instance à l'égard d'un acte criminel sur tout motif d'appel qui comporte une question de droit seulement.

(5) La procédure relative à cet appel et les pouvoirs de la cour d'appel, y compris le pouvoir d'accorder un nouveau procès, sont semblables *mutatis mutandis* et,

the same are applicable to appeals upon a question of law alone, be similar to the procedure prescribed and the powers given by sections one thousand and twelve to one thousand and twenty-one of this Act, inclusive, and the Rules of Court passed pursuant thereto, and to section five hundred and seventy-six of this Act.

The first case in which those provisions were considered in this Court was *Belyea v. The King*<sup>18</sup>. Being a prosecution under the *Combines Investigation Act*, it had perforce been tried by a judge without a jury<sup>19</sup>. The acquittal had been set aside on appeal by the Crown and the Court of Appeal had entered a conviction<sup>20</sup>. Anglin C.J.C. speaking for the Court, concluded his observations on the construction of the new enactment as follows (at p. 297):

... It does seem rather a strong thing to hold that the effect of the words "*mutatis mutandis*" is that clause (a) must be made to read, on an appeal (by the Attorney-General) being allowed, to

(a) quash the *acquittal* and direct a judgment and verdict of *conviction* to be entered;

yet that, apparently, was the construction put upon this provision by the Appellate Division.

It occurred to some members of this Court that, under such circumstances as are here present, the correct course would be to apply clause (b) and to direct a new trial. That idea, however, would seem to involve a lurking suspicion that we are, in fact, reversing the trial judge on a question of fact, whereas, in reality, we do nothing of the kind, but, on the contrary, we affirm the facts found by him, and, upon them, we reach the conclusion that the only course open to the Appellate Division was to allow the appeal and convict the present appellants, giving to the words "*mutatis mutandis*" the effect given them by the Appellate Division, which we certainly are not convinced was wrong.

In the 1955 *Criminal Code*, the 1923 and 1930 amendments were reproduced practically unchanged. The right of appeal by the Crown against acquittal and against sentence was dealt

autant qu'ils sont applicables aux appels sur une question de droit seulement, à la procédure prescrite et aux pouvoirs conférés par les articles mille douze à mille vingt et un de la présente loi, les deux compris, et les règles de cour établies sous le régime desdits articles, et par l'article cinq cent soixante-seize de la présente loi.

La première cause dans laquelle ces dispositions ont été examinées en cette Cour a été l'affaire *Belyea c. Le Roi*<sup>18</sup>. Étant une poursuite sous le régime de la *Loi des enquêtes sur les coalitions*, elle avait obligatoirement été instruite par un juge sans jury<sup>19</sup>. L'acquittement avait été infirmé sur appel du ministère public et la Cour d'appel avait inscrit une déclaration de culpabilité<sup>20</sup>. Le juge en chef Anglin, parlant au nom de la Cour, a conclu comme suit (à la p. 297) ses observations sur l'interprétation du nouveau texte:

[TRADUCTION] ... Il paraît certes plutôt fort de statuer que l'effet des mots «*mutatis mutandis*» est que la clause a) doit s'interpréter, lorsqu'un appel (par le procureur général) est accueilli, comme si elle disait peut

a) infirmer l'*acquittement* et ordonner l'inscription d'un jugement et d'un verdict de *culpabilité*; pourtant c'est, apparemment, l'interprétation que la division d'appel a donnée à cette disposition.

Il est venu à l'esprit de certains membres de cette Cour que, dans des circonstances comme celles que nous retrouvons ici, il y aurait lieu d'appliquer la clause b) et d'ordonner un nouveau procès. Cette conception, cependant, semble impliquer un vague soupçon que nous décidons, en fait, d'infirmer le juge de première instance sur une question de fait, alors que, en réalité, nous ne faisons rien de la sorte, mais, au contraire, nous confirmons les faits auxquels il a conclu, et, de là, nous en venons à la conclusion que la seule décision que pouvait prendre la division d'appel était d'accueillir l'appel et de prononcer la culpabilité de ceux qui sont les appellants en cette Cour, donnant aux mots «*mutatis mutandis*» l'effet que leur a donné la division d'appel, sur quoi nous ne sommes certainement pas convaincus qu'on ait fait erreur.

Dans le *Code criminel* de 1955, les modifications de 1923 et 1930 ont été reproduites pratiquement inchangées. Le droit du ministère public d'interjeter appel à l'encontre de l'acquittement et

<sup>18</sup> [1932] S.C.R. 279.

<sup>19</sup> [1931] O.R. 202.

<sup>20</sup> [1931] O.R. 699.

<sup>18</sup> [1932] R.C.S. 279.

<sup>19</sup> [1931] O.R. 202.

<sup>20</sup> [1931] O.R. 699.

with in the same s. 584 (now 605). The *mutatis mutandis* provision was replaced by subs. (4) of s. 592 (now 613) as to which we read in Martin's *Criminal Code*, 1955, p. 900:

Subsec. (4) is the former s. 1013(5) and sets out what is there incorporated by reference.

No change was made in s. 594(4) (now 615(4)) which still reads:

(4) The power of a court of appeal to impose sentence may be exercised notwithstanding that the appellant is not present.

The key provisions now read:

**603.** (1) A person who is convicted by a trial court in proceedings by indictment may appeal to the court of appeal

*(a)* against his conviction

- (i) on any ground of appeal that involves a question of law alone;
- (ii) on any ground of appeal that involves a question of fact or a question of mixed law and fact, with leave of the court of appeal or a judge thereof or upon the certificate of the trial judge that the case is a proper case for appeal, or
- (iii) on any ground of appeal not mentioned in subparagraph (i) or (ii) that appears to the court of appeal to be a sufficient ground of appeal, with leave of the court of appeal; or

*(b)* against the sentence passed by the trial court, with leave of the court of appeal or a judge thereof unless that sentence is one fixed by law.

*(2)* A person who

*(a)* is found unfit, on account of insanity, to stand his trial may appeal to the court of appeal against that verdict, or

*(b)* is found not guilty on account of insanity may appeal to the court of appeal against that special verdict.

on any ground of appeal mentioned in subparagraph (1)(a)(i), (ii) or (iii) and subject to the conditions therein.

à l'encontre de la sentence a été réglé dans le même art. 584 (maintenant 605). La disposition *mutatis mutandis* a été remplacée par le par. (4) de l'art. 592 (maintenant 613) au sujet duquel on lit dans Martin's *Criminal Code*, 1955, p. 900:

[TRADUCTION] Le par. (4) est le par. (5) de l'ancien art. 1013 et il énonce ce qui s'y trouvait incorporé par renvoi.

Aucun changement n'a été fait à l'art. 594(4) (maintenant 615(4)) qui se lit toujours comme suit:

(4) Le pouvoir d'une cour d'appel d'infliger une sentence peut être exercé même si l'appelant n'est pas présent.

Les dispositions-clé se lisent maintenant comme suit:

**603.** (1) Une personne déclarée coupable par une cour de première instance dans des procédures par acte d'accusation peut interjeter appel, devant la cour d'appel,

*a)* de sa déclaration de culpabilité,

- (i) pour tout motif d'appel comportant une simple question de droit,
- (ii) pour tout motif d'appel comportant une question de fait, ou une question de droit et de fait, avec l'autorisation de la cour d'appel ou de l'un de ses juges ou sur certificat du juge de première instance attestant que la cause est susceptible d'appel, ou
- (iii) pour tout motif d'appel non mentionné au sous-alinéa (i) ou (ii) et jugé suffisant par la cour d'appel, avec l'autorisation de celle-ci; ou

*b)* de la sentence rendue par la cour de première instance, avec l'autorisation de la cour d'appel ou de l'un de ses juges, à moins que cette sentence ne soit de celles que fixe la loi.

*(2)* Une personne

*a)* qui est trouvée incapable de subir son procès, pour cause d'aliénation mentale, peut interjeter appel de ce verdict devant la cour d'appel, ou

*b)* qui est trouvée non coupable, pour cause d'aliénation mentale, peut interjeter appel de ce verdict spécial devant la cour d'appel,

pour tout motif d'appel mentionné au sous-alinéa (1)a) (i), (ii) ou (iii) et sous réserve des conditions qui y sont prescrites.

**605.** (1) The Attorney General or counsel instructed by him for the purpose may appeal to the court of appeal

(a) against a judgment or verdict of acquittal of a trial court in proceedings by indictment on any ground of appeal that involves a question of law alone, or

(b) with leave of the court of appeal or a judge thereof, against the sentence passed by a trial court in proceedings by indictment, unless that sentence is one fixed by law.

**613.** (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit, on account of insanity, to stand his trial, or against a special verdict of not guilty on account of insanity, the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

(b) may dismiss the appeal where

(i) the court is of the opinion that the appellant, although he was not properly convicted on a count or part of the indictment, was properly convicted on another count or part of the indictment,

(2) Where a court of appeal allows an appeal under paragraph (1)(a), it shall quash the conviction and

(a) direct a judgment or verdict of acquittal to be entered, or

(b) order a new trial.

(3) Where a court of appeal dismisses an appeal under subparagraph (1)(b)(i), it may substitute the verdict that in its opinion should have been found and affirm the sentence passed by the trial court or impose a sentence that is warranted in law.

(4) Where an appeal is from an acquittal the court of appeal may

(a) dismiss the appeal; or

(b) allow the appeal, set aside the verdict and

**605.** (1) Le procureur général ou un avocat ayant reçu de lui des instructions à cette fin peut introduire un recours devant la cour d'appel

a) contre un jugement ou verdict d'acquittement d'une cour de première instance à l'égard de procédures par acte d'accusation sur tout motif d'appel qui comporte une question de droit seulement, ou

b) moyennant l'autorisation de la cour d'appel ou de l'un de ses juges, contre la sentence prononcée par une cour de première instance à l'égard de procédures par acte d'accusation, à moins que cette sentence ne soit de celles que fixe la loi.

**613.** (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict portant que l'appelant est incapable de subir son procès, pour cause d'aliénation mentale, ou d'un verdict spécial de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, la cour d'appel

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,

(ii) que le jugement de la cour de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit, ou

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

b) peut rejeter l'appel, si

(i) la cour est d'avis que l'appelant, bien qu'il n'ait pas été régulièrement déclaré coupable sur un chef d'accusation ou une partie de l'acte d'accusation, a été régulièrement déclaré coupable sur un autre chef ou une autre partie de l'acte d'accusation,

(2) Lorsqu'une cour d'appel admet un appel en vertu de l'alinéa (1)a), elle doit annuler la condamnation et

a) ordonner l'inscription d'un jugement ou verdict d'acquittement, ou

b) ordonner un nouveau procès.

(3) Lorsqu'une cour d'appel rejette un appel aux termes du sous-alinéa (1)b)(i), elle peut substituer le verdict qui, à son avis, aurait dû être rendu et confirmer la sentence prononcée par la cour de première instance ou imposer une sentence justifiée en droit.

(4) Quand un appel est interjeté d'un acquittement, la cour d'appel peut

a) rejeter l'appel; ou

b) admettre l'appel, écarter le verdict et

- (i) enter a verdict of guilty with respect to the offence of which, in its opinion, the accused should have been found guilty but for the error in law, and pass a sentence that is warranted in law, or
- (ii) order a new trial.

As is underscored by my underlinings, the words used in s. 605(1) granting the right of appeal from an acquittal clearly include a judgment at trial with or without a jury, these words being "a judgment or verdict of acquittal." However, in s. 613 defining the powers of a Court of Appeal, the word "verdict" only is found in subs. (4) dealing with acquittals while, in the preceding subsections dealing with appeals from convictions or special verdicts, only one of those words is sometimes used. It must also be noted that in Part XVI entitled "Indictable Offences—Trial without a Jury", the word "verdict" is never used, and in Part XVII "Procedure by Indictment", "verdict" is used only as meaning a jury verdict.

After anxious consideration, I do not find it possible to read s. 613(4) as not authorizing the Court of Appeal in a proper case to enter a verdict of guilty where the accused was tried by a jury. In the first line of para. (b) the words "allow the appeal, set aside the verdict" necessarily apply to a jury verdict after such a trial as well as to an acquittal by a judge. The right of appeal being from "a judgment or verdict of acquittal", the single word "verdict" necessarily includes a "judgment" as well as a "verdict". Then, the same word "verdict" in the following line must have the same meaning. If Parliament had intended otherwise, the word "judgment" or "conviction" would be used. If either of those words were found there, the provision might be interpreted otherwise, but, faced with the word "verdict", I fail to see how it can be supposed that Parliament meant only a judgment, not a verdict.

Furthermore, the words "enter a verdict of guilty" appear specifically designed to remove any doubt that this was to be applicable in the case of

- (i) consigner un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction dont, à son avis, l'accusé aurait dû être déclaré coupable, n'eût été l'erreur en droit, et prononcer une sentence justifiée en droit, ou
- (ii) ordonner un nouveau procès.

Comme le font voir les traits soulignants que j'ai ajoutés, les mots employés dans l'art. 605(1) pour conférer le droit d'introduire un recours contre un acquittement visent clairement un jugement de première instance avec ou sans jury, ces mots étant «un jugement ou verdict d'acquittement». Cependant, à l'art. 613 qui définit les pouvoirs d'une Cour d'appel, on ne trouve que le seul mot «verdict» dans le par. (4) qui traite des acquittements tandis que, dans les paragraphes précédents qui traitent des appels à l'encontre de déclarations de culpabilité ou de verdicts spéciaux, un seul de ces mots est parfois utilisé. Il faut aussi noter que dans la Partie XVI intitulée «Actes criminels—Procès sans jury», le mot «verdict» n'est jamais employé, et dans la Partie XVII, «Procédure par acte d'accusation», «verdict» n'est employé qu'en parlant d'un verdict de jury.

Après mûre réflexion, je ne trouve pas qu'il soit possible d'interpréter l'art. 613(4) comme n'autorisant pas la Cour d'appel, lorsqu'il y a lieu, à consigner un verdict de culpabilité quand l'accusé a subi son procès devant un jury. Dans la première ligne de l'al. b) les mots «admettre l'appel, écarter le verdict» s'appliquent nécessairement à un verdict d'un jury après un tel procès aussi bien qu'à un acquittement par un juge. Le droit d'appel étant conféré à l'encontre d'«un jugement ou verdict d'acquittement», le seul mot «verdict» inclut nécessairement un «jugement» aussi bien qu'un «verdict». Alors, le même mot «verdict» dans la ligne qui suit doit avoir le même sens. Si le Parlement avait voulu qu'il en soit autrement, les mots «jugement» ou «déclaration de culpabilité» auraient été employés. Si l'on trouvait ici l'une ou l'autre de ces expressions, la disposition pourrait être interprétée autrement, mais, devant le mot «verdict», je ne puis voir comment on peut supposer que le Parlement visait seulement un jugement, non un verdict.

De plus, les mots «consigner un verdict de culpabilité» paraissent spécifiquement destinés à enlever tout doute que cela doit s'appliquer au cas d'un

a jury trial as well as in the case of an acquittal after a trial without a jury. Also the words "the offence of which, in its opinion, the accused should have been found guilty but for the error in law" appear specifically intended to overcome the difficulty arising from the fact that a verdict of acquittal is a general verdict, so that there are no findings on which the Court of Appeal can rely to decide what the verdict *would* have been but for the error in law. If it had been intended that the Court of Appeal should be empowered to rely only on findings in the trial court, then the wording ought to have been "the offence of which the accused *would* have been found guilty but for the error in law". The insertion of the words "in its opinion" indicates that the Court of Appeal is empowered to reach its own conclusion from the evidence as to what the verdict *should* have been but for the error in law. This is in accordance with the following observations of Anglin C.J.C. in *Belyea* (at p. 296):

The right of appeal by the Attorney-General, conferred by s.1013(4), Cr.C., as enacted by c.11, s. 28, of the Statutes of Canada, 1930, is, no doubt, confined to "questions of law". That implies, if it means anything at all, that there can be no attack by him in the Appellate Divisional Court on the correctness of any of the findings of fact. But we cannot regard that provision as excluding the right of the Appellate Divisional Court, where a conclusion of mixed law and fact, such as is the guilt or innocence of the accused, depends, as it does here, upon the legal effect of certain findings of fact made by the judge or the jury, as the case may be, to enquire into the soundness of that conclusion, since we cannot regard it as anything else but a question of law,—especially where, as here, it is a clear result of misdirection of himself in law by the learned trial judge.

This passage was quoted and relied on by Martland J. in *Ciglen v. The Queen*<sup>21</sup>, (at p. 819), *Wild v. The Queen*<sup>22</sup>, (at p. 117). Those are cases in which this Court upheld judgments entering a conviction on appeal by the Crown from an acquittal by a judge sitting without a jury. I have italicised the words indicating that Anglin C.J.C.

procès par jury aussi bien qu'au cas d'un acquittement après un procès sans jury. Également les mots «d'infraction dont, à son avis, l'accusé aurait dû être déclaré coupable, n'eût été l'erreur en droit» paraissent spécialement destinés à surmonter la difficulté découlant du fait qu'un verdict d'acquittement est un verdict général, de sorte qu'il n'y a pas de conclusions sur lesquelles la cour d'appel peut s'appuyer pour décider ce que le verdict *aurait* été n'eût été l'erreur en droit. Si l'on avait voulu que la Cour d'appel ait le pouvoir de s'appuyer seulement sur des conclusions tirées en première instance, alors le libellé aurait dû être «d'infraction dont l'accusé *aurait été* déclaré coupable, n'eût été l'erreur en droit». L'insertion des mots «à son avis» indique que la Cour d'appel a le pouvoir de tirer de la preuve sa propre conclusion quant à ce que le verdict *aurait dû* être n'eût été l'erreur en droit. Cela est en accord avec les observations suivantes de M. le juge en chef Anglin dans l'arrêt *Belyea* (à la p. 296):

[TRADUCTION] Le droit d'appel donné au procureur général par l'article 1013(4) du *Code criminel*, ajouté par l'art. 11, c. 28, S.C. 1930, se limite sans doute aux «questions de droit». Cela implique, si ce droit doit signifier quelque chose, que le procureur général ne peut contester, à la Chambre d'appel, l'exactitude des conclusions sur les faits. Nous ne pouvons cependant considérer que cette disposition prive la Chambre d'appel du droit de vérifier le bien-fondé d'une décision sur une question mixte de droit et de fait, comme la culpabilité ou la non-culpabilité de l'accusé, si cette décision dépend, comme c'est le cas ici, de la portée, en droit, de certaines conclusions de fait *du juge ou du jury, selon le cas*, puisque nous ne pouvons pas considérer cette décision autrement que comme une question de droit, spécialement si, comme dans le cas présent, elle résulte clairement d'une erreur en droit de la part du savant juge de première instance.

M. le juge Martland, dans les arrêts *Ciglen c. La Reine*<sup>21</sup>, (à la p. 819), *Wild c. La Reine*<sup>22</sup>, (à la p. 117), a cité ce passage à l'appui de ses conclusions. Cette Cour y a confirmé des jugements qui avaient consigné une déclaration de culpabilité sur appel interjeté par le ministère public à l'encontre d'un acquittement prononcé par un juge siégeant

<sup>21</sup> [1970] S.C.R. 804.

<sup>22</sup> [1971] S.C.R. 101.

<sup>21</sup> [1970] R.C.S. 804.

<sup>22</sup> [1971] R.C.S. 101.

was making no distinction between a jury and a non jury case. Of course, this is *dictum* only with respect to a jury case and has reference to the law as enacted in 1930.

It cannot be denied that to authorize a Court of Appeal to enter a verdict of guilty on an appeal from an acquittal by jury verdict is a major departure from the traditional principles of English criminal law under which where an accused has been given in charge to a jury, none but the jury can find him guilty. It has been held in England that, even if he pleads guilty during the trial, the judge is without jurisdiction to enter a conviction so that if he does it and discharges the jury, his decision is a nullity and there must be a new trial. (*R. v. Heyes*<sup>23</sup>; *R. v. Hancock*<sup>24</sup>.) If I could see any room for doubt as to the meaning of the words used in the Code, such considerations would be of great weight but I fail to see how they could overcome what appears to be the clear literal meaning.

It is true that, as a rule, the duty of a court of appeal is to render the judgement that the trial court should have rendered and it is certain that a trial judge cannot substitute a verdict of guilty for a verdict of acquittal. However, the situation is that, under our *Criminal Code* in what is clearly a fundamental departure from common law principles, Parliament has not only provided for appeals against acquittals, but has also spelled out the powers which can be exercised on such appeals. It cannot therefore be objected that s. 429 provides: "Except where otherwise expressly provided by law, every accused who is charged with an indictable offence shall be tried by a court composed of a judge and jury." The Code expressly provides otherwise in s. 613(4) that the Court of Appeal may "enter a verdict of guilty". It can seem strange that this should be possible where the trial

sans jury. J'ai mis en italique les mots indiquant que M. le juge en chef Anglin ne faisait pas de distinction entre une affaire instruite devant jury et une affaire instruite devant un juge seul. Bien entendu, cela n'a valeur que de *dictum* pour une affaire instruite devant un jury et se rapporte à la loi telle qu'édictée en 1930.

On ne peut nier qu'autoriser une cour d'appel à consigner un verdict de culpabilité lors d'un appel à l'encontre d'un acquittement prononcé par verdict de jury constitue une dérogation majeure aux principes traditionnels du droit criminel anglais selon lesquels lorsqu'un accusé a été confié à un jury, personne d'autre que les jurés ne peut le trouver coupable. On a décidé en Angleterre que, même si l'accusé avoue sa culpabilité durant le procès, le juge est incompté à consigner une déclaration de culpabilité de sorte que s'il le fait et libère le jury, sa décision est nulle et il doit y avoir un nouveau procès. (*R. v. Heyes*<sup>23</sup>; *R. v. Hancock*,<sup>24</sup>) Si j'avais le moindre doute sur le sens des mots du Code, de telles considérations seraient d'un grand poids mais je ne puis voir comment elles pourraient l'emporter sur ce qui me paraît être le sens littéral clair.

Il est vrai qu'en principe, le devoir d'une cour d'appel est de rendre le jugement que la cour de première instance aurait dû rendre et il est certain qu'un juge de première instance ne peut substituer un verdict de culpabilité à un verdict d'acquittement. Cependant, la situation est que, en vertu de notre *Code criminel* dans ce qui est clairement une dérogation fondamentale aux principes de *common law*, le Parlement n'a pas seulement prévu un appel à l'encontre d'un acquittement mais il a aussi spécifié les pouvoirs qui peuvent être exercés lors d'un tel appel. On ne peut par conséquent objecter que l'art. 429 énonce: «Sauf dans les cas où la loi y pourvoit expressément de façon différente, tout prévenu inculpé d'un acte criminel doit être jugé par une cour composée d'un juge et d'un jury.» Le Code ordonne de façon différente à l'art. 613(4), où il prévoit que la Cour d'appel peut

<sup>23</sup> [1951] 1 K.B. 29.

<sup>24</sup> [1931] 100 L.J.K.B. 419.

<sup>23</sup> [1951] 1 K.B. 29.

<sup>24</sup> [1931] 100 L.J.K.B. 419.

judge has made an error in law and thus opened the way to an appeal by the Crown from an acquittal, while no appeal would be possible if the jury had been properly directed. This, however, cannot be considered as an absurdity and therefore cannot justify a departure from the literal meaning of the enactment.

The last objection I can find against the exercise by the Court of Appeal of the power to enter a verdict of guilty in the instant case is the principle that powers conferred upon the courts are to be exercised as the justice of the case requires. It has been held in this Court that although the Court of Appeal may order a new trial when setting aside a conviction, such order cannot always properly be made. For instance, it should not be made in order to have the accused tried on a basis different from that on which the first trial was held (*Savard and Lizotte v. The King*)<sup>25</sup>. It does not appear to me that this objection can be sustained on the view that whenever the accused was tried with a jury, justice requires that he should never be found guilty except by a jury verdict. To so hold would be to deprive the enactment of any application in such cases and to read it as if it did not authorize the Court of Appeal to "enter a verdict of guilty".

Needless to say that this is obviously a power to be used with great circumspection. However, it is hard to conceive of a case in which it could be used, if not here. There cannot be any doubt concerning the commission of the offence by the accused. He has admitted the fact and denied his guilt only on the basis of some defences which the Court of Appeal rightly held unavailable, one of them because it was unfounded in law, the other because there was no evidence to support it.

For those reasons, I would dismiss the appeal.

«consigner un verdict de culpabilité». Il peut paraître étrange que cela soit possible lorsque le juge de première instance a commis une erreur en droit et a ainsi ouvert la voie à un appel du ministère public à l'encontre d'un acquittement, alors qu'aucun appel ne serait possible si le jury avait reçu les directives appropriées. Cela, cependant, ne peut être considéré comme une absurdité et par conséquent ne peut justifier que l'on s'écarte du sens littéral du texte.

La dernière objection que je puis trouver contre l'exercice par la Cour d'appel du pouvoir de consigner un verdict de culpabilité en l'espèce présente est le principe suivant lequel les pouvoirs conférés aux tribunaux doivent être exercés selon que le requièrent les considérations de justice que pose l'espèce. On a statué en cette Cour que bien que la Cour d'appel puisse ordonner un nouveau procès lorsqu'elle infirme une déclaration de culpabilité, une telle décision ne peut pas toujours être rendue régulièrement. Par exemple, elle ne doit pas l'être de façon à faire en sorte que l'accusé soit jugé sur une base différente de celle sur laquelle s'est tenu le premier procès (*Savard et Lizotte c. La Reine*).<sup>25</sup> Il ne me paraît pas qu'en partant de là on puisse dire que chaque fois que l'accusé a eu son procès devant un jury, la justice requiert qu'il ne soit jamais trouvé coupable si ce n'est par verdict d'un jury. En décider ainsi serait priver le texte de toute application dans de tels cas et l'interpréter comme s'il n'autorisait pas la Cour d'appel à «consigner un verdict de culpabilité».

Il va sans dire que c'est évidemment un pouvoir qui ne doit être utilisé qu'avec grande circonspection. Mais, il est difficile de concevoir un cas où l'on pourrait s'en servir, si on ne peut le faire ici. Aucun doute n'est possible sur le fait que l'accusé a commis l'infraction. Il a admis avoir posé l'acte et n'a nié sa culpabilité qu'en excitant de certains moyens de défense que la Cour d'appel, à bon droit, a jugé non recevables, l'un parce qu'il n'était pas fondé en droit, l'autre parce qu'il n'y avait aucune preuve à l'appui.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

<sup>25</sup> [1946] S.C.R. 20.

<sup>25</sup> [1946] R.C.S. 20.

Since writing the above, I have had the advantage of reading the reasons written by Mr. Justice Dickson and wish to add that I agree with the further views he has expressed on the merits of this case.

Martland, Ritchie, Beetz and de Grandpré JJ. concurred in the judgment delivered by

DICKSON J.—It seems to me to be of importance, at the outset, to indicate what the Court is called upon to decide in this appeal and, equally important, what it has not been called upon to decide. It has not been called upon to decide, or even to enter, the loud and continuous public debate on abortion which has been going on in this country between, at the two extremes, (i) those who would have abortion regarded in law as an act purely personal and private, of concern only to the woman and her physician, in which the state has no legitimate right to interfere, and (ii) those who speak in terms of moral absolutes and, for religious or other reasons, regard an induced abortion and destruction of a foetus, viable or not, as destruction of a human life and tantamount to murder. The values we must accept for the purposes of this appeal are those expressed by Parliament which holds the view that the desire of a woman to be relieved of her pregnancy is not, of itself, justification for performing an abortion.

The jurisdiction of the Court is limited by s. 618(2) of the *Criminal Code*, pursuant to which this appeal has been brought, to questions of law. The legal question now before us is whether, in answer to the charge of unlawfully procuring the miscarriage of a female person, the appellant can raise as defences (i) s. 45 of the *Criminal Code*; (ii) necessity. The trial judge held that both of these defences were available and charged the jury to that effect. The jury returned a verdict of not guilty. The Crown appealed to the Court of Appeal of the Province of Quebec and five judges of that Court were unanimous in holding that neither defence should have been left to the jury. Accordingly the Court of Appeal acted under s. 613(4) of the Code which empowers it, where the appeal is from an acquittal, to enter a verdict of guilty with respect to the offence of which, in its opinion, the accused should have been found guilty

Depuis que j'ai rédigé ce qui précède, j'ai eu l'avantage de lire les motifs exposés par M. Le juge Dickson et désire ajouter que je souscris aux vues qu'il a ainsi exprimées sur le fond.

Les juges Martland, Ritchie, Beetz et de Grandpré souscrivent au jugement rendu par

LE JUGE DICKSON—Au départ, il me semble qu'il importe tout autant d'indiquer ce que la Cour n'est pas appelée à décider sur ce pourvoi que ce qu'elle est appelée à y décider. Elle n'est pas appelée à trancher, ni même à aborder, le débat public animé et constant sur l'avortement qui oppose en ce pays, aux deux extrêmes, (i) ceux qui voudraient que l'avortement soit considéré en droit comme un acte purement personnel et privé, n'intéressant que la femme et son médecin, et dans lequel l'État n'a aucun droit légitime d'intervenir, et (ii) ceux qui parlent en termes d'impératifs moraux et, pour des motifs religieux ou autres, considèrent que provoquer l'avortement et la destruction d'un fœtus, viable ou non, c'est accomplir la destruction d'une vie humaine et l'équivalent d'un meurtre. Les valeurs que nous devons accepter aux fins du pourvoi sont celles qu'a proclamées le Parlement qui s'en tient à l'opinion que le désir d'une femme d'être soulagée de sa grossesse ne suffit pas, en soi, à justifier l'avortement.

La juridiction de cette Cour est limitée à des questions de droit par le par. (2) de l'art. 618 du *Code criminel* en vertu duquel le pourvoi a été interjeté. La question de droit devant nous est de savoir si, inculpé d'avoir procuré illégalement l'avortement d'une personne du sexe féminin, l'appelant peut invoquer (i) le moyen de défense basé sur l'art. 45 du *Code criminel*; (ii) la nécessité. Le juge de première instance a statué que ces deux moyens de défense étaient admissibles et il a donné des directives en ce sens au jury. Celui-ci a rendu un verdict de non-culpabilité. Le ministère public a interjeté appel à la Cour d'appel de la province de Québec et cinq juges y ont été unanimes à décider qu'aucun de ces moyens de défense n'aurait dû être soumis au jury. Par conséquent, la Cour d'appel a exercé les pouvoirs conférés par le par. (4) de l'art. 613 du *Code criminel*, qui lui permet, lorsque l'appel est d'un acquittement, de consigner un

but for the error in law. The position, therefore, in the present appeal is simply this: If the Court of Appeal is correct and neither of the two defences is open to the appellant, the guilty verdict must stand; if one of the two defences is open, the appellant in my opinion is entitled to a new trial; if both defences are open, the jury's verdict of acquittal should be reinstated.

Before considering possible defences it may be appropriate to observe that since Confederation, and indeed before, the law of Canada has regarded as criminal, interference with pregnancy, however early it may take place; in 1969, the law was to some extent modified to exclude from criminal sanction abortions for therapeutic reasons carried out in compliance with prescribed conditions. It should also be noted that the appellant admits having done the act with which he stands charged, procuring the abortion of Verona Parkinson. His response to that charge simply is that he had two defences, a statutory defence of s. 45 and a common law defence of necessity which the jury was entitled to consider.

## I.

Section 251 of the *Criminal Code*, so far as relevant in these proceedings, reads:

**251.** (1) Every one who, with intent to procure the miscarriage of a female person, whether or not she is pregnant, uses any means for the purpose of carrying out his intention is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

(2) Every female person who, being pregnant, with intent to procure her own miscarriage, uses any means or permits any means to be used for the purpose of carrying out her intention is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years.

(3) In this section, "means" includes

- (a) the administration of a drug or other noxious thing,
- (b) the use of an instrument, and
- (c) manipulation of any kind.

(4) Subsections (1) and (2) do not apply to

verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction dont, à son avis, l'accusé aurait dû être déclaré coupable, n'eût été l'erreur en droit. Par conséquent, la situation dans le présent pourvoi est simplement celle-ci: si la décision de la Cour d'appel est bien fondée et aucun des deux moyens de défense n'est admissible pour l'appelant, le verdict de culpabilité doit être maintenu; si l'un de ces moyens seulement est admissible, il doit, à mon avis, y avoir un nouveau procès; si les deux moyens de défense sont admissibles le verdict d'acquittement prononcé par le jury doit être rétabli.

Avant d'examiner les moyens de défense, il est à propos de signaler que depuis la Confédération, et même avant, la loi canadienne a toujours considéré comme un crime le fait d'interrompre la grossesse, même à ses débuts; en 1969, la loi a été modifiée dans une certaine mesure de façon à mettre à l'abri de sanctions criminelles l'avortement pratiqué pour raisons thérapeutiques conformément à des conditions prescrites. On doit noter aussi que l'appelant admet avoir posé l'acte dont il est accusé, soit, avoir procuré l'avortement de Verona Parkinson. Sa réponse est simplement qu'il avait deux moyens de défense que le jury était en droit de considérer: un moyen statutaire fondé sur l'art. 45 et un moyen de *common law*, la nécessité.

## I.

Les paragraphes pertinents de l'art. 251 du *Code criminel*, se lisent comme suit:

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

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

(3) Au présent article, l'expression «moyen» comprend

- a) l'administration d'une drogue ou autre substance délétère,
  - b) l'emploi d'un instrument, et
  - c) toute manipulation.
- (4) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent pas

(a) a qualified medical practitioner, other than a member of a therapeutic abortion committee for any hospital, who in good faith uses in an accredited or approved hospital any means for the purpose of carrying out his intention to procure the miscarriage of a female person, . . . if, before the use of those means, the therapeutic abortion committee for that accredited or approved hospital, by a majority of the members of the committee and at a meeting of the committee at which the case of such female person has been reviewed,

(c) has by certificate in writing stated that in its opinion the continuation of the pregnancy of such female person would or would be likely to endanger her life or health, and

(d) has caused a copy of such certificate to be given to the qualified medical practitioner.

(6) For the purposes of subsections (4) and (5) and this subsection

"therapeutic abortion committee" for any hospital means a committee, comprised of not less than three members each of whom is a qualified medical practitioner, appointed by the board of that hospital for the purpose of considering and determining questions relating to terminations of pregnancy within that hospital.

Subs. (1) defines the offence. The offence is committed when a person uses any means for the purpose of carrying out his intention of procuring the miscarriage of a female person. The means adopted may include the administration of a drug or other noxious thing, or the use of an instrument or manipulation of any kind. The appellant openly admits using an instrument for the purpose of procuring the miscarriage of Verona Parkinson. Subs. (2) provides that a pregnant female person who uses any means or permits any means to be used for the purpose of procuring her miscarriage is guilty of an indictable offence. Subs.(4) is of the utmost importance to any medical practitioner contemplating the use of any means to procure the miscarriage of a female person. This subsection is intended to afford, and does afford, a complete answer and defence to those who respect its terms. The subsection requires: (1) That the person procuring the miscarriage be a qualified medical prac-

a) à un médecin qualifié, autre qu'un membre d'un comité de l'avortement thérapeutique de quelque hôpital, qui emploie de bonne foi, dans un hôpital accrédité ou approuvé, quelque moyen pour réaliser son intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin, . . . si, avant que ces moyens ne soient employés, le comité de l'avortement thérapeutique de cet hôpital accrédité ou approuvé, par décisions de la majorité des membres du comité et lors d'une réunion du comité au cours de laquelle le cas de cette personne du sexe féminin a été examiné,

c) a déclaré par certificat qu'à son avis la continuation de la grossesse de cette personne du sexe féminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière, et

d) a fait remettre une copie de ce certificat au médecin qualifié.

(6) Aux fins des paragraphes (4) et (5) et du présent paragraphe,

«comité de l'avortement thérapeutique» d'un hôpital désigne un comité formé d'au moins trois membres qui sont tous des médecins qualifiés, nommés par le conseil de cet hôpital pour examiner et décider les questions relatives aux arrêts de grossesse dans cet hôpital.

Le par. (1) définit l'infraction. Elle est commise lorsqu'une personne emploie quelque moyen pour réaliser son intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin. Le moyen adopté peut comprendre l'administration d'une drogue ou autre substance délétère, l'emploi d'un instrument ou toute manipulation. L'appelant a admis franchement qu'il avait employé un instrument dans le but de procurer l'avortement de Verona Parkinson. Le par. (2) prévoit qu'une personne du sexe féminin qui, étant enceinte, emploie ou permet qu'on emploie un moyen dans l'intention d'obtenir son avortement, est coupable d'un acte criminel. Le par. (4) est de la plus haute importance pour tout médecin qui envisage l'emploi de quelque moyen pour procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin. Le but de ce paragraphe est d'offrir, ce qu'il accorde effectivement à ceux qui satisfont à ses conditions, un moyen de défense complet. Les conditions prescrites sont: (1) la personne procu-

titioner; (2) The medical practitioner must not be a member of a therapeutic abortion committee for any hospital; (3) The medical practitioner must act in good faith; (4) The means used to procure the miscarriage must be used in a hospital accredited by the Canadian Council on Hospital Accreditation or approved by the provincial Minister of Health; (5) The hospital must have a therapeutic abortion committee comprised of not less than three members, each of whom is a qualified medical practitioner, appointed by the board of that hospital for the purpose of considering and determining questions relating to terminations of pregnancy within that hospital; (6) The committee at a meeting must review the case of the female person; (7) The committee, by a majority of the members, must have agreed to the issuance of a certificate; (8) The certificate must be in writing and must state that in the opinion of the committee *the continuation of the pregnancy of such female person would or would be likely to endanger her life or health*; (9) The committee must cause a copy of the certificate to be given to the medical practitioner who intends to procure the miscarriage. It is only too obvious; on reading s. 251, that, first, Parliament regards procuring abortion as a grave crime which carries with it the same maximum penalty as non-capital murder; second, Parliament has recognized that continuation of pregnancy may endanger the life or health of a pregnant woman, and has, therefore, made provision whereby pregnancy may be terminated by a qualified medical practitioner in an accredited or approved hospital; third, and for the purposes of the present case, of paramount importance, the decision whether or not to terminate the pregnancy is not that of the doctor who intends to perform the operation but of at least three of his peers, specially appointed to consider and determine questions relating to terminations of pregnancy; fourth, Parliament has not embodied in s. 251 a section similar to s. 1(4) of the English *Abortion Act* which relieves the medical practitioner of the need for independent medical opinions and a hospital setting prior to terminating a pregnancy in

... a case where he is of the opinion, formed in good faith, that the termination is immediately necessary to

rant l'avortement doit être un médecin qualifié; (2) le médecin ne doit pas être membre d'un comité de l'avortement thérapeutique de quelque hôpital; (3) le médecin doit agir de bonne foi; (4) le moyen utilisé pour procurer l'avortement doit être employé dans un hôpital accrédité par le Conseil canadien d'accréditation des hôpitaux ou approuvé par le ministre de la Santé de la province; (5) l'hôpital doit avoir un comité de l'avortement thérapeutique formé d'au moins trois membres tous médecins qualifiés, nommé par le conseil de cet hôpital pour examiner et décider les questions relatives aux arrêts de grossesse dans cet hôpital; (6) le cas de la personne du sexe féminin doit être examiné par le comité lors d'une réunion; (7) le comité, par décision de la majorité de ses membres, doit avoir autorisé la délivrance d'un certificat; (8) le certificat doit être par écrit et doit déclarer que de l'avis du comité *la continuation de la grossesse de cette personne du sexe féminin mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière*; (9) le comité doit faire remettre une copie du certificat au médecin qui entend procurer l'avortement. Il n'est que trop évident, à la lecture de l'art. 251, que, premièrement le Parlement considère le fait de procurer un avortement comme un crime grave qui emporte la même peine maximum que le meurtre non qualifié; deuxièmement, le Parlement a reconnu que la grossesse peut mettre en danger la vie ou la santé d'une femme enceinte, et a, par conséquent, prévu que la grossesse peut être interrompue par un médecin qualifié dans un hôpital accrédité ou approuvé; en troisième lieu et, en l'occurrence, d'importance capitale, la décision de savoir si oui ou non on doit interrompre la grossesse n'appartient pas au médecin qui entend pratiquer l'opération mais à au moins trois de ses pairs spécialement nommés pour examiner et décider les questions relatives aux arrêts de grossesse; quatrièmement, le Parlement n'a pas mis dans l'art. 251 une disposition semblable au par. (4) de l'art. 1 de la Loi anglaise dite *Abortion Act*, qui dispense le médecin de la nécessité d'obtenir l'avis préalable de médecins indépendants et d'effectuer l'intervention dans un hôpital, lorsqu'il

[TRADUCTION] ... juge, de bonne foi, que l'interruption s'impose sans délai pour sauver la vie de la femme

save the life or to prevent grave permanent injury to the physical or mental health of the pregnant woman.

Counsel for the appellant would have us write into s. 251 a like dispensing provision though Parliament has not chosen to legislate it. Whether one agrees with the Canadian legislation or not is quite beside the point. Parliament has spoken unmistakably in clear and unambiguous language. The starting point for proper judicial analysis of the legal position of appellant is the statute. Justice must be done within the framework of, and according to, the rules set out in the *Criminal Code*.

## II.

Turning now to s. 45 of the *Code*. It is found under the heading "Protection of Persons in Authority". Two other sections fall under the same heading, s. 43, "Correction of child by force" and s. 44, "Master of Ship maintaining discipline." The next thing to note is that s. 45 has been in the *Criminal Code* since the year 1892, but, until the present case, no one has raised it as a defence to a charge of procuring an abortion. This is, of course, in no way determinative of the issue we face; if s. 45 offers a good defence, it is available to appellant, although raised now for the first time. The section is expressed in broad terms:

**45.** Every one is protected from criminal responsibility for performing a surgical operation upon any person for the benefit of that person if

- (a) the operation is performed with reasonable care and skill, and
- (b) it is reasonable to perform the operation, having regard to the state of health of the person at the time the operation is performed and to all the circumstances of the case.

The essential ingredients of s. 45 are that the operation be performed with reasonable care and skill and that, having regard to the state of health of the person at the time the operation is performed and all the circumstances of the case, it is reasonable the operation be performed. The section is available to "every one", whether doctor or not, and the operation to which the section refers can be performed anywhere, within a hospital or

enceinte ou empêcher une atteinte grave et permanente à la santé physique ou mentale de cette dernière.

L'avocat de l'appelant voudrait que nous insérions dans l'art. 251 une semblable disposition d'exemption même si le Parlement n'a pas choisi de légiférer en ce sens. La question n'est pas de savoir si l'on est d'accord avec la législation canadienne. Le Parlement s'est exprimé sans équivoque en des termes clairs et précis. Le point de départ d'une analyse judiciaire appropriée de la situation juridique de l'appelant c'est le texte de la loi. Il faut que justice soit faite dans le cadre du *Code criminel* et conformément aux règles qui y sont énoncées.

## II.

Je passe maintenant à l'art. 45 du *Code criminel*. Il se trouve sous le sous-titre «Protection des personnes exerçant l'autorité». Il y a deux autres articles sous ce même sous-titre, l'art. 43 relatif à la discipline des enfants et l'art. 44 relatif à la discipline à bord d'un navire. Ensuite il faut noter que l'art. 45 est dans le *Code criminel* depuis 1892, mais, avant la présente affaire, personne ne l'a invoqué comme moyen de défense à l'encontre d'une accusation d'avoir procuré un avortement. Naturellement, cela ne règle en rien la question que nous avons à décider; si l'art. 45 confère un bon moyen de défense, il est valable pour l'appelant, même s'il est invoqué pour la première fois. Il est rédigé en termes généraux:

**45.** Toute personne est à couvert de responsabilité criminelle lorsqu'elle pratique sur une autre, pour le bien de cette dernière, une opération chirurgicale,

- a) si l'opération est pratiquée avec des soins et une habileté raisonnables, et
- b) s'il est raisonnable de pratiquer l'opération, étant donné l'état de santé de la personne au moment de l'opération et toutes les autres circonstances de l'espèce.

Les éléments essentiels sont donc que l'opération soit pratiquée avec des soins et une habileté raisonnables, et qu'il soit raisonnable de la pratiquer étant donné l'état de santé de la personne à ce moment et toutes les autres circonstances de l'espèce. L'article s'applique à «toute personne», qu'elle soit médecin ou non, et l'opération visée peut être pratiquée n'importe où, dans un hôpital ou ailleurs. Par l'art. 251, le Parlement a proscrit

not. Parliament in s. 251 has proscribed as criminal conduct surgery procuring a miscarriage, except in conformity with precise and detailed protective measures including a qualified medical practitioner and an accredited or approved hospital, yet, if the argument on behalf of appellant is correct, Parliament in s. 45 has protected from criminal responsibility any person who by surgical means procures a miscarriage anywhere, provided the operation is performed with reasonable skill and care and it is reasonable to perform it, having regard to the state of health of the person upon whom the operation is performed and to all the circumstances of the case. If the argument is valid, an abortion performed by surgical means could have the protection of s. 45 but not one performed by other means. Section 45 might protect the person performing the operation but not protect the woman from prosecution under s. 251(2). We must give the sections a reasonable construction and try to make sense and not nonsense, of the words. We should pay Parliament the respect of not assuming readily that it has enacted legislative inconsistencies or absurdities. The better opinion in my view is that s. 251 contains a comprehensive code on the subject of abortions, unitary and complete within itself, which the general language of s. 45 does not touch. Section 45 may be available as an answer to a charge arising out of a surgical operation performed on an unconscious patient but it is not, in my view, available as an answer to a charge of procuring an abortion contrary to s. 251. Section 251 is concerned with the procurement of a miscarriage, *i.e.*, the bringing forth prematurely of the foetus. It is concerned only remotely, if at all, with surgical operations. According to our law, the appellant's only statutory means of defence was s. 251(4) of the *Criminal Code*.

### III.

In an attempt to escape the discipline of the statute, the appellant seeks to rely on an ill-defined and elusive concept sometimes referred to as the

comme un crime toute intervention chirurgicale qui procure un avortement, sauf si elle est pratiquée conformément à des mesures de protection précises et détaillées qui comportent un médecin qualifié et un hôpital accrédité ou approuvé; pourtant, si la prétention soumise au nom de l'appelant est juste, le Parlement aurait, par l'art. 45, mis à couvert de responsabilité criminelle toute personne qui, où que ce soit, procure un avortement par quelque moyen chirurgical, pourvu que l'opération soit pratiquée avec des soins et une habileté raisonnables et qu'il soit raisonnable de la pratiquer, étant donné l'état de santé de la patiente et toutes les autres circonstances de l'espèce. Si l'argument est bon, un avortement pratiqué par un moyen chirurgical serait protégé par l'art. 45 mais non un avortement pratiqué par d'autres moyens. L'art. 45 pourrait mettre à l'abri de poursuites la personne qui pratique l'opération mais il ne pourrait protéger celle qui la subit d'une poursuite intentée sans le régime du par. (2) de l'art. 251. Nous devons donner aux deux articles une interprétation raisonnable et tâcher de les lire d'une façon qui a du sens et non pas d'y voir un non-sens. Nous devons avoir envers le Parlement la courtoisie de ne pas présumer aisément qu'il a édicté des incohérences ou des absurdités. A mon avis, le point de vue le plus valable c'est que l'art. 251 est un code sur l'avortement, un code entier et complet en lui-même, que les termes généraux de l'art. 45 ne touchent pas. L'art. 45 peut valoir comme réponse à une accusation découlant d'une opération chirurgicale pratiquée sur un patient inconscient mais il n'est pas, à mon avis, un moyen de défense à l'encontre de l'accusation d'avoir procuré un avortement contrairement à l'art. 251. Celui-ci vise le fait de procurer un avortement, c.-à-d. de faire expulser prématurément le fœtus. Il n'a qu'un rapport lointain, s'il en a un, avec les opérations chirurgicales. Selon notre droit, le seul moyen de défense statutaire admissible pour l'appelant c'était le par. (4) de l'art. 251 du *Code criminel*.

### III.

Pour tenter d'échapper aux rigueurs du statut, l'appelant veut s'appuyer sur un concept mal défini et difficile à cerner qu'on appelle parfois l'excuse

defence of necessity. The defence of necessity is as rare to Canadian jurisprudence as a s. 45 defence. Standard Canadian texts on criminal law either ignore or make scant reference to the subject. Save in the exceptional case of *R. v. Bourne*<sup>26</sup>, to which I will later refer, the defence has never been raised successfully, so far as one can ascertain, in a criminal case in this country or in England. It was unavailing in *U.S. v. Holmes*<sup>27</sup>, where, following a shipwreck, the sailors threw fourteen passengers overboard to lighten a lifeboat that was sinking and in *R. v. Dudley and Stephens*<sup>28</sup>, where the accused, two seamen, after eighteen days adrift in an open boat and starving, killed a youthful companion and fed on his flesh four days, at the end of which time they were rescued. It was raised in *Gregson v. Gilbert*<sup>29</sup>, where 150 slaves were pushed overboard because of water shortage. The defence of necessity has been held to permit encroachment on private property in the case of great and imminent danger: *Mouse's case*<sup>30</sup>, where a casket belonging to Mouse and other things were thrown overboard in order to lighten a barge that was in danger of sinking during a storm. Necessity has been said to justify pulling down a house to prevent the spread of a fire, or the escape of prisoners from a burning prison and it has given rise to endless philosophizing on the right of a person in danger of drowning to push another from a floating plank in order to save himself. These are said to be examples of the defence of necessity, but no clear principle can be detected. It has been held that necessity cannot justify killing: *R. v. Dudley and Stephens, supra*, or the stealing of food by a starving man, Hale, *Pleas of Crown* I, 54 or the occupancy of empty housing by those in dire need of accommodation, *Southwark London Borough Council v. Williams*<sup>31</sup>. The courts have been reluctant to give recognition to the doctrine of necessity for, as Lord Denning M.R. said in the *Williams* case, p. 744: "Necessity would open a door which no man could shut" and "The plea would be an excuse for all sorts of wrongdoing." and Lord Justice Edmund Davies in the same case, p. 746,

de nécessité. Comme moyen de défense, la nécessité est aussi rare dans la jurisprudence canadienne que l'art. 45. Les ouvrages canadiens courants sur le droit criminel n'en parlent pas ou ne la mentionnent que brièvement. Sauf dans la décision exceptionnelle *R. v. Bourne*<sup>26</sup>, sur laquelle je reviendrai plus loin, la défense de nécessité n'a jamais été admise, autant qu'on puisse voir, dans une affaire criminelle en ce pays ou en Angleterre. Elle n'a pas été acceptée dans l'arrêt *U.S. v. Holmes*<sup>27</sup>, où, après le naufrage du navire, les matelots avaient jeté par-dessus bord quatorze passagers afin d'alléger une chaloupe de sauvetage en train de couler, ni dans l'arrêt *R. v. Dudley and Stephen*<sup>28</sup>, où les accusés, deux marins, ayant passé dix-huit jours à la dérive dans une embarcation ouverte, et mourant de faim, avaient tué un jeune compagnon et s'étaient nourris de sa chair durant quatre jours, après quoi ils avaient été sauvés. Elle a été invoquée dans l'arrêt *Gregson v. Gilbert*<sup>29</sup>, au sujet de 150 esclaves qu'on avait jetés à la mer en raison d'un manque d'eau. Un arrêt a statué que la nécessité permettait l'atteinte à la propriété privée en cas de danger grave et imminent: c'est l'affaire *Mouse*<sup>30</sup>, où le coffre de Mouse, avec d'autres choses, avait été jeté par-dessus bord pour alléger une barge en danger de couler durant une tempête. La nécessité a été considérée comme justifiant la destruction d'une maison aux fins de circonscrire un incendie, de même que l'évasion de détenus d'une prison en feu, et elle a donné naissance à des discussions philosophiques sans fin sur le droit d'une personne risquant la noyade d'éloigner un autre d'une pièce de bois flottante dans le but de se sauver elle-même. On dit que ce sont des exemples de la défense de nécessité, mais il n'en ressort aucun principe manifeste. On a statué que la nécessité ne pouvait justifier l'homicide: *R. v. Dudley and Stephens, supra*, ni le vol de nourriture par un homme mourant de faim, Hale, *Pleas of Crown* I, 54, ni l'occupation d'habitations vides par ceux qui ont un besoin extrême de logement, *Southwark London Borough Council v. Williams*<sup>31</sup>. Les tribunaux ont été peu enclins à

<sup>26</sup> [1939] 1 K.B. 687.

<sup>27</sup> (1842), 26 Fed. Cas. 360.

<sup>28</sup> (1884), 14 Q.B.D. 273.

<sup>29</sup> (1783), 3 Dougl. 232.

<sup>30</sup> (1609), 12 Co.Rep. 63.

<sup>31</sup> [1971] 1 Ch. 734.

<sup>26</sup> [1939] 1 K.B. 687.

<sup>27</sup> (1842), 26 Fed. Cas. 360.

<sup>28</sup> (1884), 14 Q.B.D. 273.

<sup>29</sup> (1783), 3 Dougl. 232.

<sup>30</sup> (1609), 12 Co. Rep. 63.

<sup>31</sup> [1971] 1 Ch. 734.

“—necessity can very easily become simply a mask for anarchy”. The defence of necessity finds little support in the cases. Professor Glanville Williams, who has written frequently on abortion and the doctrine of necessity ((1952), 5 C.L.P. 128; (1953), 6 C.L.P. 216; *The Sanctity of Life and the Criminal Law* (1957)) introduces the subject “Authorities on the defence of necessity” in his text on *Criminal Law* (2nd ed. 1961) with the qualified statement, p. 724: “Notwithstanding the doubts that have been expressed, it will here be submitted somewhat confidently that the defence is recognized in English law.” Compare, however, “The Necessity Plea in English Common Law” by P. R. Glazebrook, 1972 *A Cambridge Law Journal*, 87 and see “The Defence of Necessity in Criminal Law: The Right to Choose the Lesser Evil” by Arnolds and Garland, (1974), 65 *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 289. On the authorities it is manifestly difficult to be categorical and state that there is a law of necessity, paramount over other laws, relieving obedience from the letter of the law. If it does exist it can go no further than to justify non-compliance in urgent situations of clear and imminent peril when compliance with the law is demonstrably impossible. No system of positive law can recognize any principle which would entitle a person to violate the law because on his view the law conflicted with some higher social value.

*R.v. Bourne, supra*, is sometimes quoted in support of the contention that there is a defence of necessity: for myself, I have some considerable reservations on the point. The facts in *Bourne* were undoubtedly exceptional. On April 27, 1938, the girl, who was then under the age of fifteen, had been raped with great violence, in consequence of which she became pregnant. Mr. Bourne, an obstetrical surgeon of highest skill, openly, at one

admettre la théorie de la nécessité parce que, pour employer les termes de Lord Denning (Maître des Rôles) dans l'arrêt *Williams*, p. 744: [TRADUCTION] «La nécessité ouvrirait une porte que personne ne pourrait fermer» et «Le moyen serait une excuse pour toutes sortes d'actes répréhensibles», et ceux du Lord juge Edmund Davies dans le même arrêt, p. 746, [TRADUCTION] «—la nécessité peut très facilement devenir simplement le masque de l'anarchie». La défense de nécessité trouve peu d'appuis dans la jurisprudence. Le professeur Glanville Williams, qui a fréquemment écrit sur l'avortement et la théorie de la nécessité ((1952), 5 C.L.P. 128; (1953), 6 C.L.P. 216; *The Sanctity of Life and the Criminal Law* (1957)), amorce par cet énoncé mitigé le thème «Précédents sur le moyen de nécessité», dans son ouvrage intitulé *Criminal Law* (2<sup>e</sup> éd. 1961), p. 724: [TRADUCTION] «Nonobstant les doutes qui ont été exprimés, nous soutiendrons ici avec assez d'assurance que cette défense est admise en droit anglais.» Comparer cependant avec «The Necessity Plea in English Common Law», par P. R. Glazebrook, 1972 *A Cambridge Law Journal*, 87 et voir «The Defence of Necessity in Criminal Law: The Right to Choose the Lesser Evil», par Arnolds et Garland, (1974), 65 *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 289. En se basant sur les précédents, il est manifestement difficile d'être catégorique et de déclarer qu'il existe une loi de la nécessité, primant les autres lois, et qui dispense d'obéir à la lettre de la loi. Si elle existe, elle ne peut faire plus que justifier la désobéissance dans des situations urgentes de danger imminent et évident lorsque l'obéissance à la loi est démonstrativement impossible. Aucun système de droit positif ne peut admettre un principe qui permettrait à quelqu'un de violer la loi parce que, à son avis, elle entre en conflit avec des valeurs sociales plus élevées.

La décision *R. v. Bourne, supra*, est parfois citée à l'appui de la prétention qu'il existe une défense de nécessité: quant à moi, j'ai à ce sujet de fortes réserves. Les faits dans l'affaire *Bourne* sortent sans aucun doute de l'ordinaire. Le 27 avril 1938, la jeune fille, qui n'avait pas encore quinze ans, avait été violée très brutalement et en était devenue enceinte. M. Bourne, un obstétricien de la plus haute compétence, a pratiqué l'avortement, ouver-

of the great English hospitals, performed an abortion as an act of charity, without fee or reward. He was charged with using an instrument with intent to procure the miscarriage, contrary to the provisions of s. 58 of the *Offences Against the Person Act*, (1861 (U.K.), c. 100). The indictment did not allege that the defendant had used the instrument "unlawfully"; and, before plea, counsel for Mr. Bourne objected that by reason of the omission of that word the indictment was bad. Macnaghten J. directed that the indictment should be amended by the addition of the word "unlawfully". In charging the jury, the judge referred to the *Infant Life (Preservation) Act*, (1929, (U.K.), c. 34) which made it an offence to cause a child to die before it had an existence independent of its mother, but contained a proviso that no person should be found guilty of an offence under the section unless it were proved that the act which caused the death of the child was not done in good faith for the purpose only of preserving the life of the mother. No such proviso was in fact set out in s. 58 of the *Offences Against the Person Act*, 1861, under which Mr. Bourne was charged but Macnaghten J. concluded the word "unlawfully" in the latter Act was not a meaningless word but one which imported the meaning expressed by the proviso in the *Infant Life (Preservation) Act*, 1929, and, therefore, a burden rested on the Crown to satisfy the jury beyond reasonable doubt that the accused did not procure the miscarriage of the girl in good faith for the purpose only of preserving her life. The jury acquitted. It might be mentioned in passing that Macnaghten J. made this comment in the course of his charge to the jury, p. 695:

As I said at the beginning of my summing-up, it does not touch the case of the professional abortionist. As far as the members of the medical profession themselves are concerned—and they alone could properly perform such an operation—we may hope and expect that none of them would ever lend themselves to the malpractices of professional abortionists, and in cases of this sort, as Mr. Bourne said, no doctor would venture to operate except after consulting some other member of the profession of high standing.

The *Bourne* decision may be regarded as exceptional and in a sense legislative. Although stated to

tement, dans un des grands hôpitaux anglais, à titre charitable, sans honoraire ni récompense. Il a été accusé d'avoir employé un instrument avec l'intention de procurer l'avortement, contrairement aux dispositions de l'art. 58 du *Offences Against the Person Act*, (1861 (R.U.), c. 100). L'acte d'accusation n'alléguait pas que le défendeur avait utilisé l'instrument «illégalement»; et, avant de répondre à l'acte d'accusation, l'avocat de M. Bourne a objecté que par suite de l'omission de ce mot l'acte était défectueux. Le juge Macnaghten ordonna de modifier l'acte d'accusation en ajoutant le mot «illégalement». Dans ses directives au jury, il s'est reporté à l'*Infant Life (Preservation) Act*, (1929 (R.U.), c. 34) selon lequel c'est une infraction que de causer la mort d'un enfant qui n'a pas encore d'existence séparée de celle de sa mère, mais avec la réserve que nul ne peut en être trouvé coupable à moins qu'il ne soit prouvé que l'acte qui a causé la mort de l'enfant n'a pas été fait de bonne foi aux fins seulement de préserver la vie de la mère. Aucune réserve semblable n'était exprimée dans l'art. 58 de l'*Offences Against the Person Act*, 1861, en vertu duquel M. Bourne était accusé mais le juge Macnaghten a conclu que le mot «illégalement» n'y était pas dénué de sens mais introduisait la restriction exprimée par la réserve énoncée dans l'*Infant Life (Preservation) Act*, 1929, et, par conséquent, qu'il incombaît au ministère public de convaincre le jury hors de tout doute raisonnable que l'accusé n'avait pas procuré l'avortement de la jeune fille en toute bonne foi aux fins seulement de préserver la vie de cette dernière. Le jury a prononcé l'acquittement. On peut mentionner en passant que le juge Macnaghten a fait dans le cours de ses directives ce commentaire, p. 695:

[TRADUCTION] Comme je l'ai dit au début de mon résumé des débats, ce n'est pas du tout le cas d'un avorteur professionnel. Quand il s'agit des membres de la profession médicale—et eux seuls peuvent régulièrement pratiquer une telle opération—nous sommes en droit d'espérer et de compter qu'aucun d'eux ne se prêtera aux pratiques fautives des avorteurs professionnels, et dans des cas de ce genre, comme M. Bourne l'a dit, aucun médecin ne s'aviserait d'opérer si ce n'est après avoir consulté quelque autre membre hautement réputé de sa profession.

L'arrêt *Bourne* peut être considéré comme exceptionnel et, dans un sens, législatif. Bien qu'on

exemplify the doctrine of necessity, the judge did not specifically rely on necessity. At the time of *Bourne* the law was unclear as to the legal position of a medical practitioner who procured an abortion on a girl whose life or health was endangered by continued pregnancy. The English statute did not then contain, although it now does, any provision for therapeutic abortion akin to s. 251(4) of the *Code*. The trial judge, through the word "unlawfully", imported such a concept and on the facts of that case it is of no surprise that the jury acquitted. The question of compliance with statutory law permitting therapeutic abortion did not arise. If the proponents of the existence of the defence of necessity have to rely on the case of *Bourne*—and the only support in modern jurisprudence would seem to come from that case and one or two which followed it—to support their position, the very uniqueness of *Bourne* both on facts and law may lead one seriously to question whether a defence of necessity can really be said to exist. I do not think the *Bourne* case is of great assistance to the appellant. In *Bourne* the trial judge imported into the charge the consideration of "preserving the life of the mother". That same concept finds statutory recognition in our abortion legislation but in the somewhat broader phraseology "likely to endanger her life or health." It is, therefore, clear that a medical practitioner who wishes to procure a miscarriage because continued pregnancy may endanger the life or health of his patient may legally do so if he secures the certificate mentioned in s. 251(4)(c). The defence of necessity, whatever that vague phrase may import, does not entitle a medical practitioner, in circumstances of time and place such as those under consideration, to procure an abortion on his own opinion of the danger to life and health.

Assuming the theoretical possibility of such a defence in the present case, it remains to be seen whether there is evidence to support it. Amid the general imprecision and philosophic uncertainty discernible among the authors as to reach and effect of a defence of necessity, the most definite

y ait vu une illustration de la théorie de la nécessité, le juge ne s'est pas spécialement appuyé sur cela. À l'époque, le droit n'était pas clair quant à la situation juridique du médecin qui procure l'avortement d'une jeune fille dont le vie ou la santé est mise en danger par la grossesse. Le statut anglais ne contenait pas alors, comme il en contient maintenant, une disposition sur l'avortement thérapeutique analogue au par. (4) de l'art. 251 du Code. Le juge du procès, par le biais du mot «illégalement», en a introduit le principe et d'après les faits de cette affaire-là il n'est pas surprenant que le jury ait prononcé l'acquittement. La question de l'observation d'une loi statutaire permettant l'avortement thérapeutique ne se présentait pas. Si les tenants de l'existence de l'excuse de nécessité doivent s'appuyer sur l'affaire *Bourne* pour étayer leur position,—et leur seul appui dans la jurisprudence moderne semble venir de cet arrêt-là et d'un ou de deux autres qui ont suivi—the caractère unique de la décision tant sur les faits que sur le droit peut nous amener à douter grandement de l'existence de l'excuse de nécessité. Je ne pense pas que l'affaire *Bourne* soit à l'appelant d'un grand secours. Le juge du procès y a introduit dans l'infraction imputé l'élément de la «préservation de la vie de la mère». Ce même principe est reconnu explicitement dans notre texte sur l'avortement mais il est libellé en termes un peu plus larges: «mettre probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière.» Par conséquent, il est clair qu'un médecin qui désire procurer un avortement parce que la grossesse peut mettre en danger la vie ou la santé de sa patiente, peut légalement le faire s'il obtient le certificat mentionné à l'al. c) du par. (4) de l'art. 251. L'excuse de nécessité, quel que soit le sens de cette expression vague, ne permet pas à un médecin, dans des circonstances de temps et de lieu semblables à celles soumises à notre examen, de procurer un avortement sur la foi de sa propre opinion quant au danger pour la vie et la santé.

Admettant qu'il y ait possibilité théorique d'une telle excuse dans l'espèce présente, reste à voir s'il y a une preuve qui peut l'étayer. Dans l'imprécision générale et l'incertitude philosophique qu'on discerne parmi les auteurs quant à la portée et à l'effet de l'excuse de nécessité, l'énoncé le plus net

assertion would seem to be that found in Kenny's *Outlines of the Criminal Law*, 19th ed. (1966) where the author says, p. 73:

Probably no such defence can be accepted in any case (1) where the evil averted was a lesser evil than the offence committed to avert it, or (2) where the evil could have been averted by anything short of the commission of that offence, or (3) where more harm was done than was necessary for averting the evil. Hence it is scarcely safe to lay down any more definite rule than that suggested by Sir James Stephen, viz. that "it is just possible to imagine cases in which the expediency of breaking the law is so overwhelmingly great that people may be justified in breaking it; but these cases cannot be defined beforehand."

Kenny says, p. 72:

Yet though theoretical writers have been willing to accept this ground of defence, there is no English case in which the defence has been actually raised with success.

Turning our attention to Kenny's (2), we must ask whether the evil averted could have been averted by anything short of the commission of the offence. This raises the question of the urgency of the operation performed by the appellant and whether the appellant could have complied with the law. A defence of necessity at the very least must rest upon evidence from which a jury could find (i) that the accused in good faith considered the situation so emergent that failure to terminate the pregnancy immediately could endanger life or health and (ii) that upon any reasonable view of the facts compliance with the law was impossible.

It is the function of the jury and not that of an appellate court to weigh the evidence in any case, but it is proper and at times indeed essential for an appellate court to examine the record with a view to ascertaining whether there is *any* evidence to support a defence. What was the evidence as to urgency and was there any evidence from which a jury properly instructed could have concluded that the appellant could not have complied with the law? There is no need to review the evidence in detail, it is essentially as follows:

*Verona Parkinson*

[TRANSLATION] Counsel for the Crown:

Q. After you filled out Form P-15—will you tell the Court what happened?

semble être celui que l'on trouve dans Kenny, *Outlines of the Criminal Law*, 19<sup>e</sup> éd. (1966), où l'auteur dit, p. 73:

[TRADUCTION] Il est probable qu'on ne peut accepter une telle excuse (1) lorsque le mal évité est un moindre mal que l'infraction commise pour l'éviter, ou (2) lorsque le mal aurait pu être évité sans aller jusqu'à perpétrer cette infraction, ou (3) lorsque l'on a causé un tort plus grand que nécessaire pour éviter le mal. Aussi il est peu sûr de poser une règle plus définie que celle suggérée par Sir James Stephen, à savoir, qu'il n'est pas impossible d'imaginer des cas où violer la loi est un expédient qui s'impose avec une telle force que l'on peut être excusable de le faire; mais ces cas ne peuvent être définis à l'avance.»

Kenny dit aussi, p. 72:

Pourtant bien que des auteurs de doctrine aient été disposés à admettre ce moyen de défense, il n'existe aucun arrêt anglais où il se trouve avoir été effectivement soulevé avec succès.

Nous reportant à la condition numéro (2) de Kenny, nous devons nous demander si le mal évité aurait pu être évité sans aller jusqu'à commettre l'infraction. Cela soulève la question de l'urgence de l'opération pratiquée par l'appelant et celle de savoir s'il aurait pu observer la loi. L'excuse de nécessité doit à tout le moins reposer sur une preuve d'où un jury puisse conclure (1) que l'accusé a de bonne foi considéré la situation si urgente que ne pas interrompre la grossesse immédiatement pouvait mettre en danger la vie ou la santé et (ii) que selon toute façon raisonnable de voir les faits, l'observation de la loi était impossible.

Il appartient au jury et non à une cour d'appel de peser la preuve dans une affaire, mais c'est le droit et parfois le devoir essentiel d'une cour d'appel d'examiner le dossier en vue de déterminer s'il y a *quelque* preuve à l'appui d'un moyen de défense. Quelle était la preuve sur l'urgence, y avait-il une preuve d'où un jury ayant reçu des directives correctes pouvait conclure que l'appelant n'aurait pas pu observer la loi? Point n'est besoin de revoir la preuve en détail, elle consiste essentiellement en ceci:

*Verona Parkinson*

Procureur de la Couronne:

Q. Après avoir rempli la fiche P-15, voulez-vous dire au Tribunal ce qui est arrivé?

A. I waited for a while. Then a man came in and called my name. Then I went in, he said "Sit down", and it was the doctor.

Q. Do you mean this was inside a private office?

A. Yes.

Q. Please go on.

A. Then he said, "How far advanced is the pregnancy? How long has it lasted?" I said "Six (6) weeks." He asked me whether I had ever been pregnant before, and I said no. Then I told him that I did not have all the money, and he asked me how much I had. I told him "Eighty dollars (\$80.00)", and he said "OK, I will let you pay a hundred and fifty dollars (\$150.00)." No, excuse me, he said he would let me pay one hundred and fifty dollars (\$150.00). Then I told him I would give him a post-dated cheque for the balance.

Later in her testimony, Miss Parkinson testified that she had decided to have an abortion for financial reasons. She did not have a health problem but she believed she had some psychological problems as she was anxious and could not eat nor sleep. The following questions and answers also appear during her cross-examination:

[TRANSLATION] Q. Did you have anything in mind if you had not found a doctor or a hospital to have an abortion?

A. Well, I would probably have borrowed some money and gone to the United States.

Q. To do what?

A. To have an abortion.

Q. Is it not true that you had decided to have an abortion at whatever cost?

A. Yes.

The evidence in chief of the appellant concerning his interview with Verona Parkinson before the operation was:

[TRANSLATION] A. Well, on August fifteen (15), Verona Parkinson came to my clinic; as I normally do, I went into the waiting room, to take the cards of people waiting there; among these cards was one for Verona Parkinson. I called her in, that is to say into my office, where the initial interviews

R. J'ai attendu un certain moment. Ensuite un monsieur est venu et a annoncé mon nom. Alors je suis rentrée et il a dit: Asseyez-vous et c'était le médecin.

Q. Voulez-vous dire que c'est à l'intérieur d'un bureau privé?

R. Oui,

Q. Voulez-vous continuer maintenant?

R. Ensuite il a dit: Quelle est la durée de gestation, de grossesse? A quel point est rendue la grossesse? J'ai dit: Six (6) semaines. Il m'a demandé si: Est-ce que vous avez déjà été enceinte auparavant? J'ai dit: Non. Alors je lui ai dit que je n'avais pas tout l'argent et il m'a demandé combien j'avais? Je lui ait dit: Quatre-vingt dollars (\$80.00) et il a dit: D'accord, je vais vous laisser payer cent cinquante dollars (\$150.00). Non, je m'excuse, il a dit qu'il me laisserait payer cent cinquante dollars (\$150.00). Alors je lui ai dit que je lui donnerais un chèque post-daté pour la balance.

Plus loin dans son témoignage, M<sup>me</sup> Parkinson a dit qu'elle avait décidé de se faire avorter pour des raisons financières. Elle n'avait pas de troubles de santé mais croyait qu'elle avait des troubles psychologiques puisqu'elle souffrait d'anxiété et ne pouvait manger ni dormir. Les questions et réponses suivantes figurent également dans son contre-interrogatoire:

Q. Est-ce que vous aviez décidé de faire quelque chose si vous ne trouviez pas un médecin ou un hôpital pour vous avorter?

R. Et bien j'aurais probablement emprunté de l'argent et je serais allée aux États-Unis.

Q. Pour faire quoi?

R. Pour avoir l'avortement.

Q. Est-ce qu'il n'est pas exact que vous étiez décidée d'avoir un avortement à n'importe quel prix?

R. Oui.

Dans son témoignage principal l'appelant raconte comme suit son entrevue avec Verona Parkinson avant l'opération:

R. Eh bien, le quinze (15) août, Verona Parkinson s'est présentée à ma clinique; comme je fais d'habitude, je suis sorti dans la salle d'attente, prendre les cartes des personnes qui se trouvaient là; parmi ces cartes-là, il y avait la carte à Verona Parkinson. Je l'ai appelée chez moi, c'est-à-dire dans mon

are held; I should add that there is always an initial interview with the patient. I asked her to sit down; I sat in front of my desk, and she sat opposite. So I looked at her card, I saw that her name was entered, that she was entered as being twenty-six (26) years old, that she had been referred by a friend and a doctor. Can I see the card?

The card—Exhibit P-15—reads:

NAME: Verona O. Parkinson AGE: 26

ADDRESS: 7A ST. GEORGES, St. Anne D. Belle.  
TEL: 457-9183

REF. BY: A friend & another Doctor app. 11:10  
DATE: 15th August '73 app. 11:40

[TRANSLATION] Q. P-15, yes.

A. Thank you.

Q. Do you recognize this card?

A. Yes, her address is entered above, her telephone number, and then the date. So, in the initial interview, I asked her why she had come; she told me that she was pregnant and she wished to have an abortion. She told me she was a student, that she was studying, and that she was single. In these cases, I always ask if she has had previous pregnancies; she told me no; if she had had any, it would be shown on the card. And on the other cards I usually use, it is indicated whether a woman has had previous pregnancies, or a previous medical history. So, we talked, I asked her questions, where she was from, and she told me that she was from Sierra Leone—I think it was the first time that I have had a patient from Sierra Leone—and what she was doing in Montreal, and she told me her reasons for wanting an abortion. At the time, she seemed very worried; it was not anything new, you are always faced with these problems of extreme anxiety in patients; and it is usually my practice to explain to patients that the operation is not dangerous; that it only lasts five (5) to ten (10) minutes, usually; that it is done under local anaesthesia, that there is a mask with nitrous oxide, oxygen, to relieve anxiety, and there would be a woman beside her to hold her hand, to reassure her..

bureau où se passent les entrevues initiales; il faut que j'ajoute, il y a toujours une entrevue initiale avec la patiente. Je lui ai demandé de s'asseoir; moi, je m'assis devant mon bureau, elle s'est assise là. Et alors, j'ai regardé sa carte, j'ai vu que son nom était marqué, c'était marqué qu'elle avait vingt-six (26) ans, c'était marqué qu'elle était référée par une amie et un médecin. Est-ce que je peux voir la carte?

La carte—Pièce P-15—se lit comme suit:

[TRADUCTION]

NOM: Verona O. Parkinson AGE: 26

ADRESSE: 7A ST-GEORGES, Ste-Anne-de-Belle.  
TEL: 457-9183

ENV. PAR: Un ami et un autre médecin app. 11:10  
DATE: 15 août '73 app. 11:40

Q. P-15, oui.

R. Merci.

Q. Vous reconnaissiez cette carte?

R. Oui, son adresse est marquée là-dessus, son numéro de téléphone, et puis la date. Alors l'entrevue initiale, je lui ai demandé pourquoi elle venait; elle m'a dit qu'elle était enceinte et puis qu'elle voulait se faire avorter. Elle m'a dit qu'elle était étudiante, qu'elle faisait des études, qu'elle était célibataire. Dans ces cas-là, toujours je demande si elle a eu des grossesses antérieures; elle m'avait dit que non; si elle en avait eues, ce serait indiqué sur la carte. Et sur les autres cartes que j'ai d'habitude, c'est indiqué si une femme avait eu des grossesses antérieures, ou des antécédents médicaux. Alors, on parlait, je lui demandais des questions, d'où elle venait, elle m'avait dit qu'elle venait du Sierra Leone—je pense que c'est la première fois que je reçois une patiente au Sierra Leone—and ce qu'elle faisait à Montréal, et elle m'avait dit les raisons pourquoi elle voulait un avortement. Ensuite, elle semblait très anxieuse; c'était pas quelque chose de nouveau, enfin on est là tout le temps pris avec ces problèmes d'angoisse extraordinaire des patientes; et c'est mon habitude, d'habitude, d'expliquer aux patientes que l'intervention n'est pas dangereuse; que ça ne dure que cinq (5) à dix (10) minutes, d'habitude, que ça se fait sous anesthésie locale, qu'il y a un masque avec du protoxyde d'azote d'oxygène pour enlever l'angoisse, qu'il y aurait une femme à côté d'elle pour lui tenir la main, pour la rassurer.

And later:

[TRANSLATION] Q. Doctor, as the result of these various events, interview, the card, the examination of Miss Parkinson, what was your medical diagnosis and your decision?

A. My conclusion was that an abortion was for her reasonable, necessary, and I would even say indispensable.

Q. Why?

A. Because, first, there were several things that she had told me, that she was single, she was studying, she was a stranger here, her boyfriend was a student, and they were not ready to get married and take on the responsibilities of a child. So, she was in a state of psychological distress; as she stated in Court here, she was not sleeping, she was not eating, she was very upset and losing sleep; and, in psychosomatic terms, I am well aware that a state of psychism like that can cause very serious physical disorders, and if I had not done it, there was always the danger that she would give up hope, and go to a quack, that she would perform the abortion herself, that she would commit suicide in a moment of despair. Therefore, it was absolutely necessary, in order to protect her life and her health, for me to perform this abortion.

Glanville Williams expresses "grave doubt" that a suicide threat by a mother, and of course there was no such threat by the mother in this case, would in itself be sufficient to legalize an induced abortion: *The Law of Abortion, supra*, at p. 133. As to the time spent by appellant with Verona Parkinson prior to the operation, the following question and answer appear:

[TRANSLATION] Q. So then, if I tell you that the initial interview with Verona Parkinson only lasted about two (2) minutes, would you say that this was correct?

A. No, that surprises me greatly. It is a rare case that I do not spend five (5), then (10) or fifteen (15), sometimes even twenty (20), minutes with a patient. It varies from one case to another.

The appellant conceded that from 10:00 a.m. until noon on the day in question he had completed six abortions. The evidence also disclosed that at the time of the operation Verona Parkinson was 6 to 8 weeks' pregnant, leaving some 4 to 6 weeks before

Et plus loin:

Q. Docteur, à la suite de ces diverses démarches, entrevues, la carte, examen de mademoiselle Parkinson, quel a été votre diagnostic médical et votre décision?

R. Ma conclusion a été qu'un avortement, pour elle, était raisonnable, nécessaire et même, je dirais indispensable.

Q. Pourquoi?

R. Parce que, d'abord il y avait déjà plusieurs éléments qu'elle m'avait dits, qu'elle était célibataire, elle était aux études, elle était étrangère ici, son ami était étudiant, aussi, et ils n'étaient pas prêts à se marier et à assumer les responsabilités d'un enfant. Alors, elle était dans un état de détresse psychologique; comme elle l'a dit en cour ici, elle n'en dormait pas, elle n'en mangeait pas, elle était dans un état d'inquiétude, et le manque de sommeil; et, par mesure psychosomatique, je sais fort bien qu'un état de psychisme comme ça peut amener des troubles physiques très graves, et si je l'avais pas fait, il y avait toujours le danger qu'elle aille, en désespoir de cause, chez un charlatan, qu'elle s'avorte elle-même, qu'elle se suicide, dans un moment de détresse. Donc, il fallait absolument, pour protéger sa vie et sa santé, que je fasse cet avortement.

Glanville Williams dit «douter grandement» qu'une menace de suicide par une mère, et bien entendu il n'y a eu aucune semblable menace de la part de la mère en l'espèce présente, suffise en soi à légitimer un avortement provoqué: *The Law of Abortion, supra*, à la p. 133. Quant à la durée de l'entrevue de l'appelant avec Verona Parkinson avant l'opération, on trouve la question et la réponse que voici:

Q. Bon alors, si je vous suggérais que l'entrevue initiale avec Verona Parkinson n'a duré qu'environ deux (2) minutes, est-ce que vous diriez que c'est exact?

R. Non ça m'étonne beaucoup. Y a presque pas des cas où je ne passe pas cinq (5), dix (10) ou quinze (15), même vingt (20) minutes parfois avec une patiente. Ça varie d'un cas à l'autre.

L'appelant a admis que de 10 h à midi le jour en question il avait fait six avortements. La preuve révèle également qu'à l'époque de l'opération Verona Parkinson était enceinte de 6 à 8 semaines, ce qui laissait quelque 4 à 6 semaines avant la fin

completion of the first trimester of pregnancy, and that she had an appointment with the Montreal General Hospital for August 28, 1973, thirteen days after the appellant performed the abortion. The risk attendant upon abortion would have become greater the longer Verona Parkinson waited. Perhaps that is some evidence of urgency, but it does not go to establish impossibility.

Upon this evidence I think it perfectly clear the Court of Appeal did not err in concluding there was on the record little evidence of real and urgent medical need. More important, in answer to the question: "Was there any legal way out?" I think one must say that evidence from which a jury could conclude it was impossible for appellant to comply with the law is wholly wanting. The plain fact is that appellant made no attempt to bring himself within the bounds of legality in deciding to perform this abortion. Appellant failed to establish the second condition which Kenny says must be satisfied before the defence of necessity can be accepted in any case. I would hold, therefore, that the defence of necessity was not open to the appellant.

I have had the avantage of reading the reasons prepared by Mr. Justice Pigeon and I agree with him as to the powers of a Court of Appeal under s. 613(4) of the *Criminal Code*.

I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed*

*Solicitors for the appellant: Robinson, Sheppard, Borenstein, Shapiro & Flam, Montreal.*

*Solicitor for the respondent: Louis-Guy Robichaud, Montreal.*

*Solicitor for the intervenant, The Attorney General of Canada: D. S. Thorson, Ottawa.*

*Solicitors for the intervenant, The Foundation for Women in Crisis: Clayton Ruby, Toronto.*

*Solicitors for the intervenant, the Canadian Civil Liberties Association: Pomerant, Pomerant & Greenspan, Toronto.*

du premier trimestre de grossesse, et qu'elle avait un rendez-vous au Montreal General Hospital pour le 28 août 1973, treize jours après que l'appellant eut fait l'avortement. Le risque consécutif à un avortement serait devenu plus grand à mesure que Verona Parkinson aurait attendu. Peut-être y a-t-il là quelque preuve d'urgence, mais non pas d'impossibilité.

D'après cette preuve je pense qu'il est parfaitement clair que la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en concluant qu'il n'y avait guère de preuve d'exigence médicale réelle et urgente. Et ce qui est plus important, en réponse à la question: «Y avait-il un moyen de s'en tirer qui fût conforme à la loi?», je pense qu'il faut dire qu'il y avait absence totale de preuve d'où un jury pouvait conclure qu'il était impossible pour l'appellant d'observer la loi. Le fait brutal c'est que l'appellant n'a fait aucun effort pour s'insérer dans le cadre de la légalité lorsqu'il a décidé de faire cet avortement. Il n'a pas réussi à établir la deuxième condition que d'après Kenny il faut remplir avant que l'excuse de nécessité puisse être acceptée en aucun cas. Je statuerais donc, par conséquent, que l'excuse de nécessité ne pouvait être invoquée par l'appellant.

J'ai eu l'avantage de lire les motifs rédigés par M. le juge Pigeon et suis d'accord avec lui quant aux pouvoirs d'une cour d'appel sous le régime du par. (4) de l'art. 613 du *Code criminel*.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Appel rejeté.

*Procureurs de l'appelant: Robinson, Sheppard, Borenstein, Shapiro & Flam, Montréal.*

*Procureur de l'intimée: Louis-Guy Robichaud, Montréal.*

*Procureur de l'intervenant, le Procureur général du Canada: D. S. Thorson, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenante, la Foundation for Women in Crisis: Clayton Ruby, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante, la Canadian Civil Liberties Association: Pomerant, Pomerant & Greenspan, Toronto.*

*Solicitors for the intervenant, the Alliance for Life: Weir & Foulds, Toronto.*

*Solicitors for the intervenants, the Front Commun pour le Respect de la Vie and the Association des médecins du Québec pour le respect de la vie: de Grandpré, Colas, Amyot, Lesage, Deschesnes & Godin, Montreal.*

*Solicitors for the intervenant, the Fondation pour la vie: O'Reilly, Allain & Hudon, Montreal.*

*Procureurs de l'intervenante, l'Alliance for Life: Weir & Foulds, Toronto.*

*Procureurs des intervenants, le Front Commun pour le Respect de la Vie et l'Association des médecins du Québec pour le Respect de la vie: de Grandpré, Colas, Amyot, Lesage, Deschesnes & Godin, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante, la Fondation pour la vie: O'Reilly, Allain & Hudon, Montréal.*