

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Henry Morgentaler *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for New Brunswick, REAL Women of Canada and the Canadian Abortion Rights Action League *Intervenors*

INDEXED AS: **R. v. MORGENTALER**

File No.: 22578.

1993: February 4; 1993: September 30.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE NOVA SCOTIA SUPREME COURT, APPEAL DIVISION

Constitutional law — Distribution of powers — Abortion — Provincial legislation prohibiting abortions outside hospitals — Whether legislation ultra vires province as being in pith and substance criminal law — Constitution Act, 1867, s. 91(27) — Medical Services Act, R.S.N.S. 1989, c. 281 — Medical Services Designation Regulation, N.S. Reg. 152/89.

In March 1989, in order to prevent the establishment of free-standing abortion clinics in Halifax, the Nova Scotia government approved regulations prohibiting the performance of an abortion anywhere other than in a place approved as a hospital as well as a regulation denying medical services insurance coverage for abortions performed outside a hospital (the "March regulations"). The government later revoked these regulations and adopted the *Medical Services Act* and the *Medical Services Designation Regulation*, which continued the prohibition of the performance of abortions outside hospitals and the denial of health insurance coverage for abortions performed in violation of the prohibition. Despite these actions, the respondent opened his clinic and performed 14 abortions. He was charged with 14

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a **Henry Morgentaler** *Intimé*

et

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

RÉPERTORIÉ: **R. c. MORGENTALER**

Nº du greffe: 22578.

^d 1993: 4 février; 1993: 30 septembre.

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

EN APPEL DE LA SECTION D'APPEL DE LA COUR SUPRÈME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Avortement — Textes législatifs provinciaux interdisant les avortements en dehors des hôpitaux — Les textes législatifs échappent-ils à la compétence de la province parce que ressortissant, de par leur caractère véritable, au droit criminel? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27) — Medical Services Act, R.S.N.S. 1989, ch. 281 — Medical Services Designation Regulation, N.S. Reg. 152/89.

En mars 1989, afin d'empêcher l'établissement de cliniques d'avortement autonomes à Halifax, le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a approuvé des règlements qui interdisaient de pratiquer un avortement ailleurs que dans un hôpital approuvé ainsi qu'un règlement excluant l'assurance-maladie pour les avortements pratiqués ailleurs que dans les hôpitaux (les «règlements de mars»). Le gouvernement a, par la suite, abrogé ces règlements et adopté la *Medical Services Act* et le *Medical Services Designation Regulation*, qui ont reconduit l'interdiction de pratiquer des avortements ailleurs que dans un hôpital et l'exclusion de l'assurance-maladie pour les avortements pratiqués en contravention de l'interdiction. Malgré ces actions, l'intimé a ouvert sa clinique et pratiqué 14 avortements. Il a été inculpé, sous 14 chefs, d'infraç-

counts of violating the *Medical Services Act*. The trial judge held that the legislation was *ultra vires* the province because it was in pith and substance criminal law and acquitted the respondent. This decision was upheld by the Court of Appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

Classification of a law for purposes of federalism involves first identifying the "matter" of the law and then assigning it to one of the "classes of subjects" in respect of which the federal and provincial governments have legislative authority under ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. A law's "matter" is its true character, or pith and substance. The analysis of pith and substance necessarily starts with looking at the legislation itself, in order to determine its legal effect. The court will also look beyond the four corners of the legislation to inquire into its background, context and purpose and, in appropriate cases, will consider evidence of the actual or predicted practical effect of the legislation in operation. The ultimate long-term, practical effect of the legislation is not always relevant, nor will proof of it always be necessary in establishing the true character of the legislation. The court is entitled to refer to extrinsic evidence of various kinds provided it is relevant and not inherently unreliable. This clearly includes related legislation, and evidence of the "mischief" at which the legislation is directed. It also includes legislative history, in the sense of the events that occurred during drafting and enactment. Provided that the court remains mindful of the limited reliability and weight of Hansard evidence, it should be admitted as relevant to both the background and the purpose of legislation. The excerpts from Hansard were thus properly admitted by the trial judge in this case. This evidence demonstrates that members of all parties in the legislature understood the central feature of the proposed law to be prohibition of the respondent's proposed clinic on the basis of a common and almost unanimous opposition to abortion clinics *per se*.

tions à la *Medical Services Act*. Le juge du procès a conclu que les textes échappaient à la compétence législative de la province parce qu'ils ressortissaient, de par leur caractère véritable, au droit criminel et il a acquitté l'intimé. La Cour d'appel a confirmé cette décision.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

La qualification des lois dans le cadre du fédéralisme suppose premièrement l'identification de la «matière» visée par la loi, puis son rangement dans l'une des «catégories de sujets» relativement auxquels les gouvernements fédéral et provinciaux exercent leur autorité législative sous le régime des art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La «matière» d'une loi est son caractère véritable. L'analyse du caractère véritable commence nécessairement par l'examen du texte même, en vue d'en déterminer l'effet juridique. La cour tiendra également compte de la teneur même du texte ainsi que de son contexte et de son objet et, dans les cas qui s'y prêtent, elle prendra en considération l'effet pratique, réel ou prévu, de l'application du texte législatif. Les conséquences pratiques à long terme du texte ne sont pas toujours pertinentes, et il ne sera pas toujours nécessaire d'établir la preuve de ces conséquences pour déterminer le caractère véritable du texte législatif. La cour a le droit de se reporter aux types de preuve extrinsèque qui sont pertinents et qui ne sont pas douteux en soi. Ils incluent de toute évidence les textes connexes et la preuve du «mal» que le texte vise à corriger. Ils comprennent aussi l'historique du texte, c'est-à-dire les circonstances de sa rédaction et de son adoption. À la condition que le tribunal n'oublie pas que la fiabilité et le poids des débats parlementaires sont limités, il devrait les admettre comme étant pertinents quant au contexte et quant à l'objet du texte législatif. C'est donc à bon droit que le juge du procès a admis les extraits du Hansard en l'espèce. Cette preuve montre que les députés de tous les partis à l'assemblée comprenaient que l'idée maîtresse de la loi proposée était l'interdiction de la clinique de l'intimé parce que l'opposition à toute clinique d'avortement quelle qu'elle soit était générale, voire quasi unanime.

Pris ensemble, la *Medical Services Act* et le *Medical Services Designation Regulation* représentent une tentative indivisible de la part de la province de légitérer dans le domaine du droit criminel. Comme ils portent sur un sujet qui a, par le passé, été tenu pour une question touchant le droit criminel — l'interdiction de l'avortement assortie de conséquences pénales — ils sont suspects à première vue, et il n'est pas nécessaire d'invoquer la théorie du détournement de pouvoir. L'examen de leurs termes et de leur effet juridique, de

The *Medical Services Act* and *Medical Services Designation Regulation* together constitute an indivisible attempt by the province to legislate in the area of criminal law. Since they deal with a subject historically considered to be part of the criminal law — the prohibition of the performance of abortions with penal consequences — they are suspect on their face, and it is not necessary to invoke the colourability doctrine. An examination of their terms and legal effect, their history and purpose and the circumstances surrounding their

enactment leads to the conclusion that the legislation's central purpose and dominant characteristic is the restriction of abortion as a socially undesirable practice which should be suppressed or punished. Although the evidence of the legislation's practical effect is equivocal, it is not necessary to establish that its immediate or future practical impact will actually be to restrict access to abortions in order to sustain this conclusion. The legislation has an effect on abortions in private clinics virtually indistinguishable from that of the now defunct abortion provision of the *Criminal Code*, and this overlap of legal effects is capable of supporting an inference that the legislation was designed to serve a criminal law purpose. The events leading up to and including the enactment of the impugned legislation also strengthen the inference that it was designed to serve a criminal law purpose. In addition, the Hansard evidence demonstrates both that the prohibition of the respondent's clinic was the central concern of the legislature, and that there was a common and emphatically expressed opposition to free-standing abortion clinics *per se*. The concerns to which the provincial government submits the legislation is primarily directed — privatization, cost and quality of health care, and a policy of preventing a two-tier system of access to medical services — were conspicuously absent throughout most of the legislative proceedings. The impugned legislation treats of a moral issue. While legislation which authorizes the establishment and enforcement of a local standard of morality does not *ipso facto* invade the field of criminal law, interdiction of conduct in the interest of public morals was and remains one of the classic ends of the criminal law. There is thus a strong inference that the purpose and true nature of the legislation relate to a matter within the federal head of power in respect of criminal law. This inference is supported by the absence of evidence that privatization and the cost and quality of health care services were anything more than incidental concerns and by the relatively severe penalties provided for in the Act.

leur historique, de leur objet et des circonstances de l'adoption de la loi et de la prise du règlement, amène à conclure que l'objet central et la caractéristique dominante des textes législatifs sont la limitation de l'avortement en tant qu'acte socialement indésirable qu'il convient de supprimer ou de punir. Certes, la preuve de l'effet pratique des textes législatifs est équivoque, mais il n'est pas nécessaire, pour étayer cette conclusion, d'établir que son impact pratique, immédiat ou futur, sera réellement de limiter les avortements. Les textes législatifs ont sur les avortements pratiqués dans les cliniques privées un effet presque identique à celui de la disposition du *Code criminel* relative à l'avortement maintenant annulée, et ce chevauchement de l'effet juridique permet d'inférer que les textes étaient conçus pour atteindre un objectif touchant le droit criminel. L'adoption des textes législatifs contestés ainsi que les faits qui les ont précédés corroborent la conclusion qu'ils visaient un objectif touchant le droit criminel. En outre, la preuve du Hansard montre, d'une part, que l'interdiction de la clinique de l'intimé était la préoccupation centrale de l'assemblée et, d'autre part, que les cliniques d'avortement autonomes en tant que telles ont fait l'objet d'une opposition commune et catégorique. Les préoccupations auxquelles ces textes législatifs se rapportaient principalement, d'après le gouvernement provincial, — privatisation, coût et qualité des soins, opposition à l'instauration d'un système de santé à deux niveaux — ont visiblement été absentes durant la presque totalité des débats. Les textes contestés portent sur une question morale. Bien qu'une loi qui permet d'établir et d'appliquer des normes locales de moralité ne soit pas nécessairement un empiétement dans le domaine du droit criminel, l'interdiction d'un acte dans l'intérêt de la morale publique était et reste l'une des fins classiques du droit criminel. Il y a donc de fortes raisons d'inférer que l'objet et la nature véritable des textes concernent une matière relevant de la compétence fédérale en matière de droit criminel. Cette inférence est étayée par l'absence de preuve que la privatisation et le coût et la qualité des services de santé étaient davantage que des préoccupations accessoires et par la sévérité relative des peines prévues par la Loi.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *Canadian Abortion Rights Action League Inc. v. Nova Scotia (Attorney General)* (1989), 93 N.S.R. (2d) 197 (T.D.), aff'd (1990) 96 N.S.R. (2d) 284 (A.D.), leave to appeal refused, [1990] 2 S.C.R. v; *Nova Scotia (Attorney Gen-*

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *Canadian Abortion Rights Action League Inc. c. Nova Scotia (Attorney General)* (1989), 93 N.S.R. (2d) 197 (1^{re} inst.), conf. par (1990) 96 N.S.R. (2d) 284 (S.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1990] 2 R.C.S.

eral) v. Morgentaler (1989), 64 D.L.R. (4th) 297 (N.S.S.C.T.D.), aff'd (1990), 69 D.L.R. (4th) 559 (N.S.S.C.A.D.), leave to appeal refused, [1990] 2 S.C.R. ix; *R. v. Morgentaler*, [1993] 1 S.C.R. 462; *Texada Mines Ltd. v. Attorney-General of British Columbia*, [1960] S.C.R. 713; *Union Colliery Co. of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580; *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117; *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Carnation Co. v. Quebec Agricultural Marketing Board*, [1968] S.C.R. 238; *Canadian Indemnity Co. v. Attorney-General of British Columbia*, [1977] 2 S.C.R. 504; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Reference re Residential Tenancies Act*, 1979, [1981] 1 S.C.R. 714; *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297; *Attorney General of Canada v. Reader's Digest Association (Canada) Ltd.*, [1961] S.C.R. 775; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234; *Attorney-General for Saskatchewan v. Attorney-General for Canada*, [1949] A.C. 110; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *Walter v. Attorney General of Alberta*, [1969] S.C.R. 383; *Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1; *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] S.C.R. 497; *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada v. The Queen*, [1956] S.C.R. 303; *Boggs v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 49; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112; *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226; *Westendorp v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 43; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59; *Ladore v. Bennett*, [1939] A.C. 468; *Attorney-General for Ontario v. Reciprocal Insurers*, [1924] A.C. 328; *Central Canada Potash Co. v. Saskatchewan*, [1979] 1 S.C.R. 42; *Nova Scotia Board of Censors v. NcNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662; *O'Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804; *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776; *Stephens v. The Queen*, [1960] S.C.R. 823; *R. v. Chiasson* (1982), 39 N.B.R. (2d) 631 (C.A.), aff'd [1984] 1 S.C.R. 266; *Reference re Freedom of Informed Choice (Abortions) Act*

v; *Nova Scotia (Attorney General) c. Morgentaler* (1989), 64 D.L.R. (4th) 297 (C.S.N.-É. 1^{re} inst.), conf. par (1990), 69 D.L.R. (4th) 559 (C.S.N.-É.S.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1990] 2 R.C.S. ix; *R. c. Morgentaler*, [1993] 1 R.C.S. 462; *Texada Mines Ltd. c. Attorney-General of British Columbia*, [1960] R.C.S. 713; *Union Colliery Co. of British Columbia c. Bryden*, [1899] A.C. 580; *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117; *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *Carnation Co. c. Quebec Agricultural Marketing Board*, [1968] R.C.S. 238; *Canadian Indemnity Co. c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1977] 2 R.C.S. 504; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297; *Attorney General of Canada c. Reader's Digest Association (Canada) Ltd.*, [1961] R.C.S. 775; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234; *Attorney-General for Saskatchewan c. Attorney-General for Canada*, [1949] A.C. 110; *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *Walter c. Attorney General of Alberta*, [1969] R.C.S. 383; *Attorney-General for Ontario c. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524; *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1; *Lord's Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia*, [1959] R.C.S. 497; *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada c. The Queen*, [1956] R.C.S. 303; *Boggs c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 49; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226; *Westendorp c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 43; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59; *Ladore c. Bennett*, [1939] A.C. 468; *Attorney-General for Ontario c. Reciprocal Insurers*, [1924] A.C. 328; *Central Canada Potash Co. c. Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42; *Nova Scotia Board of Censors c. NcNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662; *O'Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804; *Smith c. The Queen*, [1960] R.C.S. 776; *Stephens c. The Queen*, [1960] R.C.S. 823; *R. c. Chiasson* (1982), 39 N.B.R. (2d) 631 (C.A.), conf.

(1985), 44 Sask. R. 104; *Attorney General for Canada and Dupond v. City of Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Johnson v. Attorney General of Alberta*, [1954] S.C.R. 127; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100.

^a par [1984] 1 R.C.S. 266; *Reference re Freedom of Informed Choice (Abortions) Act* (1985), 44 Sask. R. 104; *Procureur général du Canada et Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Johnson c. Attorney General of Alberta*, [1954] R.C.S. 127; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(7), (13), (15), (16).

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 251.

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 287.

Criminal Law Amendment Act, 1968-69, S.C. 1968-69, c. 38, s. 18.

Health Act, R.S.N.S. 1989, c. 195.

Health Services and Insurance Act, R.S.N.S. 1989, c. 197.

Hospitals Act, R.S.N.S. 1989, c. 208.

Lord Ellenborough's Act (U.K.), 43 Geo. 3, c. 58.

Medical Services Act, R.S.N.S. 1989, c. 281, ss. 2 to 8.

Medical Services Designation Regulation, N.S. Reg. 152/89.

N.S. Reg. 32/89.

N.S. Reg. 33/89.

N.S. Reg. 34/89.

N.S. Regs. 149-151/89.

Authors Cited

Abel, Albert S. «The Neglected Logic of 91 and 92» (1969), 19 *U.T.L.J.* 487.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).

Laskin, Bora. «Tests for the Validity of Legislation: What's the 'Matter'?» (1955), 11 *U.T.L.J.* 114.

Lederman, W. R. «The Balanced Interpretation of the Federal Distribution of Legislative Powers in Canada» (1965). Reprinted in Lederman, *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas*. Toronto: Butterworths, 1981, 266.

McConnell, Moira L. «Even by Commonsense Morality': *Morgentaler, Borowski and the Constitution of Canada*» (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 765.

McConnell, Moira L., and Lorenne Clark. «Abortion Law in Canada: A Matter of National Concern» (1991), 14 *Dalhousie L.J.* 81.

Nova Scotia. House of Assembly. *Debates and Proceedings* (March 16, 1989).

b Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 251.

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 287.

Health Act, R.S.N.S. 1989, ch. 195.

^c *Health Services and Insurance Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 197.

Hospitals Act, R.S.N.S. 1989, ch. 208.

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(7), (13), (15), (16).

^d *Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, S.C. 1968-69, ch. 38, art. 18.

Lord Ellenborough's Act (R.-U.), 43 Geo. 3, ch. 58.

Medical Services Act, R.S.N.S. 1989, ch. 281, art. 2 à 8.

Medical Services Designation Regulation, N.S. Reg. 152/89.

^e N.S. Reg. 32/89.

N.S. Reg. 33/89.

N.S. Reg. 34/89.

N.S. Regs. 149-151/89.

^f

Doctrine citée

Abel, Albert S. «The Neglected Logic of 91 and 92» (1969), 19 *U.T.L.J.* 487.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).

Laskin, Bora. «Tests for the Validity of Legislation: What's the 'Matter'?» (1955), 11 *U.T.L.J.* 114.

^h Lederman, W. R. «The Balanced Interpretation of the Federal Distribution of Legislative Powers in Canada» (1965). Reprinted in Lederman, *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas*. Toronto: Butterworths, 1981, 266.

McConnell, Moira L. ««Even by Commonsense Morality': *Morgentaler, Borowski and the Constitution of Canada*» (1989), 68 *R. du B. can.* 765.

McConnell, Moira L., and Lorenne Clark. «Abortion Law in Canada: A Matter of National Concern» (1991), 14 *Dalhousie L.J.* 81.

^j Nova Scotia. House of Assembly. *Debates and Proceedings* (March 16, 1989).

Pépin, René. "Le pouvoir des provinces canadiennes de légiférer sur la moralité publique" (1988), 19 R.G.D. 865.

Scott, F. R. *Civil Liberties and Canadian Federalism*. Toronto: University Press, 1959.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division (1991), 104 N.S.R. (2d) 361, 283 A.P.R. 361, 66 C.C.C. (3d) 288, 7 C.R. (4th) 1, 83 D.L.R. (4th) 8, affirming a judgment of the Provincial Court (1990), 99 N.S.R. (2d) 293, 270 A.P.R. 293, acquitting the respondent of violating the *Medical Services Act* on the ground that the legislation was *ultra vires* the province. Appeal dismissed.

Marian F. H. Tyson and Louise Walsh Poirier, for the appellant.

Anne S. Derrick and Jacqueline Mullenger, for the respondent.

Edward R. Sojonky, Q.C., and *Yvonne E. Milosevic*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Bruce Judah, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Angela M. Costigan and Lynn Kirwin, for the intervener REAL Women of Canada.

Mary Eberts and Ian Godfrey, for the intervener the Canadian Abortion Rights Action League.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J. —

Introduction

The question in this appeal is whether the Nova Scotia *Medical Services Act*, R.S.N.S. 1989, c. 281, and the regulation made under the Act, N.S. Reg. 152/89, are *ultra vires* the province of Nova Scotia on the ground that they are in pith and substance criminal law. The Act and regulation make

Pépin, René. «Le pouvoir des provinces canadiennes de légiférer sur la moralité publique» (1988), 19 R.G.D. 865.

Scott, F. R. *Civil Liberties and Canadian Federalism*. Toronto: University Press, 1959.

POURVOI contre un arrêt de la Section d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (1991), 104 N.S.R. (2d) 361, 283 A.P.R. 361, 66 C.C.C. (3d) 288, 7 C.R. (4th) 1, 83 D.L.R. (4th) 8, qui a confirmé un jugement de la Cour provinciale (1990), 99 N.S.R. (2d) 293, 270 A.P.R. 293, qui avait acquitté l'intimé d'avoir contrevenu à la *Medical Services Act* pour le motif que la loi échappait à la compétence législative de la province. Pourvoi rejeté.

Marian F. H. Tyson et Louise Walsh Poirier, pour l'appelante.

Anne S. Derrick et Jacqueline Mullenger, pour l'intimé.

Edward R. Sojonky, c.r., et *Yvonne E. Milosevic*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Bruce Judah, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Angela M. Costigan et Lynn Kirwin, pour l'intervenante REAL Women of Canada.

Mary Eberts et Ian Godfrey, pour l'intervenante l'Association canadienne pour le droit à l'avortement.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA —

Introduction

Dans le présent pourvoi, il s'agit de décider si la *Medical Services Act* de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1989, ch. 281, et son règlement d'application, N.S. Reg. 152/89, excèdent les pouvoirs de la province de la Nouvelle-Écosse parce qu'ils ressortissent, de par leur caractère véritable, au droit

it an offence to perform an abortion outside a hospital.

Between October 26 and November 2, 1989, the respondent performed 14 abortions at his clinic in Halifax. He was charged with 14 counts of violating the *Medical Services Act*. He was acquitted at trial after the trial judge held that the legislation under which he was charged was beyond the province's legislative authority to enact because it was in pith and substance criminal law. This decision was upheld by the Nova Scotia Court of Appeal. The Crown appeals from the Court of Appeal's decision with leave of this Court.

criminel. Selon la Loi et le règlement, le fait de pratiquer un avortement ailleurs que dans un hôpital constitue une infraction.

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

Facts and Legislation

In January 1988, this Court ruled that the *Criminal Code* provisions relating to abortion were unconstitutional because they violated women's *Charter* guarantee of security of the person: *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30 (*Morgentaler (1988)*). At the same time the Court reaffirmed its earlier decision that the provisions were a valid exercise of the federal criminal law power: *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616 (*Morgentaler (1975)*). The 1988 decision meant that abortion was no longer regulated by the criminal law. It was no longer an offence to obtain or perform an abortion in a clinic such as those run by the respondent. A year later, in January 1989, it was rumoured in Nova Scotia that the respondent intended to establish a free-standing abortion clinic in Halifax. Subsequently, the respondent publicly confirmed his intention to do so.

En janvier 1988, notre Cour a décidé que les dispositions du *Code criminel* relatives à l'avortement étaient inconstitutionnelles parce qu'elles portaient atteinte au droit des femmes à la sécurité de leur personne garanti par la *Charte*: *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 (*Morgentaler (1988)*). En même temps, la Cour a confirmé sa décision antérieure selon laquelle les dispositions constituaient un exercice valide du pouvoir fédéral en matière de droit criminel: *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616 (*Morgentaler (1975)*). L'arrêt de 1988 signifiait que l'avortement n'était plus régi par le droit criminel. Ne constituait plus une infraction le fait d'obtenir ou de pratiquer un avortement dans une clinique comme celles de l'intimé. Un an plus tard, en janvier 1989, la rumeur voulait, en Nouvelle-Écosse, que l'intimé ait l'intention d'établir une clinique d'avortement autonome à Halifax. Par la suite, l'intimé a confirmé publiquement son intention.

Le 16 mars 1989, le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a pris des mesures pour empêcher le Dr Morgentaler de réaliser son intention. Le gouverneur en conseil a approuvé deux règlements identiques, l'un en application de la *Health Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 195 (N.S. Reg. 33/89), et l'autre sous le régime de la *Hospitals Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 208 (N.S. Reg. 34/89), qui interdisaient de pratiquer un avortement ailleurs que dans un hôpital

On March 16, 1989, the Nova Scotia government took action to prevent Dr. Morgentaler from realizing his intention. The Governor in Council approved two identical regulations, one under the *Health Act*, R.S.N.S. 1989, c. 195 (N.S. Reg. 33/89), and one under the *Hospitals Act*, R.S.N.S. 1989, c. 208 (N.S. Reg. 34/89), which prohibited the performance of an abortion anywhere other than in a place approved as a hospital under the

Hospitals Act. At the same time it made a regulation (N.S. Reg. 32/89) pursuant to the *Health Services and Insurance Act*, R.S.N.S. 1989, c. 197, denying medical services insurance coverage for abortions performed outside a hospital. These regulations are referred to collectively as the "March regulations".

On May 8, 1989, one of the interveners in the present case, the Canadian Abortion Rights Action League (CARAL), launched a court challenge to the constitutionality of the March regulations. The matter was set for hearing on June 22, 1989. The case was adjourned and ultimately dismissed for lack of standing, primarily because the same issues would be determined in the present case: *Canadian Abortion Rights Action League Inc. v. Nova Scotia (Attorney General)* (1990), 96 N.S.R. (2d) 284 (A.D.), aff'g (1989), 93 N.S.R. (2d) 197 (T.D.), leave to appeal refused, [1990] 2 S.C.R. v.

CARAL's court challenge to the March regulations was still outstanding on June 6, 1989, when the Minister of Health and Fitness introduced the *Medical Services Act* for first reading. The Act progressed rapidly through the legislature. It received third reading and Royal Assent on June 15, the last day of the legislative session. The relevant portions of the Act are as follows:

2 The purpose of this Act is to prohibit the privatization of the provision of certain medical services in order to maintain a single high-quality health-care delivery system for all Nova Scotians.

3 In this Act,

(a) "designated medical service" means a medical service designated pursuant to the regulations;

4 No person shall perform or assist in the performance of a designated medical service other than in a hospital approved as a hospital pursuant to the *Hospitals Act*.

approuvé au sens de la *Hospitals Act*. En même temps, il a pris un règlement (N.S. Reg. 32/89) en application de la *Health Services and Insurance Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 197, excluant l'assurance-maladie pour les avortements pratiqués ailleurs que dans les hôpitaux. Ces règlements sont appelés collectivement les «règlements de mars».

Le 8 mai 1989, l'un des intervenants en l'espèce, l'Association canadienne pour le droit à l'avortement (ACDA) a attaqué devant les tribunaux la constitutionnalité des règlements de mars. L'affaire a été mise au rôle du 22 juin 1989. L'action a été ajournée, une fin de non-recevoir ayant par la suite été opposée à la demanderesse parce qu'elle n'avait pas la qualité pour agir, surtout parce que les mêmes questions seraient tranchées dans le présent pourvoi: *Canadian Abortion Rights Action League Inc. c. Nova Scotia (Attorney General)* (1990), 96 N.S.R. (2d) 284 (S.A.), conf. (1989), 93 N.S.R. (2d) 197 (1^{re} inst.), autorisation de pourvoi refusée, [1990] 2 R.C.S. v.

La contestation judiciaire des règlements de mars par l'ACDA était encore en instance le 6 juin 1989 quand le ministre de la Santé et de la Condition physique a présenté le projet de la *Medical Services Act* en première lecture. Le projet de loi a franchi rapidement toutes les étapes. Il a reçu la troisième lecture et la sanction royale le 15 juin, dernier jour de la session. Voici les parties pertinentes de la Loi:

[TRADUCTION] **2** La présente loi a pour objet d'interdire la privatisation de certains services médicaux afin que soit maintenu un seul système de santé de qualité supérieure pour tous les habitants de la Nouvelle-Écosse.

3 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi:

a) «service médical désigné» Service médical désigné conformément au règlement;

4 Nul ne doit fournir un service médical désigné ailleurs que dans un hôpital approuvé en conformité avec la *Hospitals Act* ni aider à la fourniture d'un tel service.

5 Notwithstanding the *Health Services and Insurance Act*, a person who performs or for whom is performed a medical service contrary to this Act is not entitled to reimbursement pursuant to that Act.

6 (1) Every person who contravenes this Act is guilty of an offence and liable upon summary conviction to a fine of not less than ten thousand dollars nor more than fifty thousand dollars.

7 Notwithstanding any other provision of this Act, where designated medical services are being performed contrary to this Act, the Minister may, at any time, apply to a judge of the Supreme Court for an injunction, and the judge may make any order that in the opinion of the judge the case requires.

8 (1) The Governor in Council, on the recommendation of the Minister, may make regulations

(a) after consultation by the Minister with the Medical Society of Nova Scotia, designating a medical service for the purpose of this Act;

The Medical Society was consulted after the passage of the Act, and a list of medical services was finalized. On July 20, 1989, the *Medical Services Designation Regulation*, N.S. Reg. 152/89, was made, designating the following medical services for the purposes of the Act:

- (a) Arthroscopy
- (b) Colonoscopy (which, for greater certainty, does not include flexible sigmoidoscopy)
- (c) Upper Gastro-Intestinal Endoscopy
- (d) Abortion, including a therapeutic abortion, but not including emergency services related to a spontaneous abortion or related to complications arising from a previously performed abortion
- (e) Lithotripsy
- (f) Liposuction
- (g) Nuclear Medicine
- (h) Installation or Removal of Intraocular Lenses
- (i) Electromyography, including Nerve Conduction Studies

5 Par dérogation à la *Health Services and Insurance Act*, les personnes qui fournissent des services médicaux en contravention de la présente loi, et celles à qui ils sont fournis, n'ont pas droit au remboursement prévu dans cette loi.

6 (1) Quiconque contrevient à la présente loi est coupable d'une infraction et passible, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, d'une amende d'au moins dix mille dollars et d'au plus cinquante mille dollars.

7 Malgré les autres dispositions de la présente loi, si des services médicaux désignés sont fournis en contravention de la présente loi, le ministre peut, à tout moment, demander à un juge de la Cour suprême de décerner une injonction et le juge peut rendre toute autre ordonnance qu'il estime nécessaire en l'espèce.

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

a) après que le ministre a consulté l'ordre des médecins de la Nouvelle-Écosse, désignant des services médicaux pour l'application de la présente loi;

L'ordre des médecins a été consulté après l'adoption de la Loi et une liste définitive de services médicaux a été dressée. Le 20 juillet 1989, le *Medical Services Designation Regulation*, N.S. Reg. 152/89, a été pris, désignant les services médicaux suivants, pour l'application de la Loi:

[TRADUCTION]

- a) arthroscopie
- b) coloscopie (il est entendu que cet examen n'est pas fait au moyen du sigmoidoscope flexible)
- c) endoscopie de l'appareil gastro-intestinal supérieur
- d) avortement, y compris l'avortement thérapeutique, mais à l'exclusion des services d'urgence reliés à l'avortement spontané ou à des complications découlant d'un avortement pratiqué antérieurement
- e) lithotriptie
- f) liposuccion
- g) médecine nucléaire
- h) installation ou enlèvement de lentilles intraoculaires
- i) électromyographie, y compris l'examen de la conduction nerveuse

The March regulations were revoked on the same day by N.S. Regs. 149-151/89. Item (d) of the new regulation continued the March regulations' prohibition of the performance of abortions outside hospitals. Section 5 of the Act continued the denial of health insurance coverage for abortions performed in violation of the prohibition.

Despite these actions, Dr. Morgentaler opened his clinic in Halifax as predicted. At first the clinic only provided counselling and referrals to Dr. Morgentaler's Montreal clinic. On October 26, 1989, however, Dr. Morgentaler defied the Nova Scotia legislation by performing seven abortions. He announced that he had done so at a press conference later that day. Several days later he performed seven more abortions. He was charged with 14 counts of unlawfully performing a designated medical service, to wit, an abortion, other than in a hospital approved as such under the *Hospitals Act*, contrary to s. 6 of the *Medical Services Act*. Dr. Morgentaler publicly announced his resolve to continue his activities in contravention of the Act, and on November 6, 1989 the government of Nova Scotia obtained an interim injunction under s. 7 of the Act to restrain him from further violations of the Act pending the resolution of the charges and the constitutional challenge in court: *Nova Scotia (Attorney General) v. Morgentaler* (1989), 64 D.L.R. (4th) 297 (N.S.S.C.T.D.), aff'd (1990), 69 D.L.R. (4th) 559 (N.S.S.C.A.D.), leave to appeal refused [1990] 2 S.C.R. ix.

When the case proceeded to trial in June 1990, Dr. Morgentaler did not dispute that he had performed the abortions as alleged. He argued, instead, that the Act and the regulation were inconsistent with the Constitution of Canada and consequently of no force or effect, on the grounds that they violate women's *Charter* rights to security of the person and equality and that they are an unlawful encroachment on the federal Parliament's exclusive criminal law jurisdiction. He also argued that the regulation was an abuse of discretion by

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

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

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

the provincial cabinet and therefore in excess of its jurisdiction.

Judgments Below

A. *Provincial Court of Nova Scotia* (1990), 99 N.S.R. (2d) 293

Kennedy Prov. Ct. J. decided to address the distribution of powers issue first and having done so, found it unnecessary to go any farther. He concluded that "the prohibition and regulation of abortion has been and remains criminal law in this country" and held, at p. 295:

It would seem, therefore, that if the prohibition or regulation of abortion is criminal law and if Parliament, as part of its proper exercise of its exclusive criminal law-making power, may determine what is not criminal as well as what is criminal, then by restricting the performance of therapeutic abortions to hospitals the Province of Nova Scotia has trespassed into an area of Federal Government competence.

He held that he could properly look beyond the four corners of the legislation to consider extrinsic evidence of the legislative history in determining the pith and substance of the legislation. He found that the Nova Scotia government had notice in January 1989 of Dr. Morgentaler's intention to open an abortion clinic in Halifax. He reviewed the chronology of events that followed and held that it was reasonable to infer that the government believed that the *Medical Services Act* and regulation accomplished the same purpose as the March regulations. He observed that the provincial government had created a Royal Commission on Health Care Issues in 1987, with a mandate to recommend health care policy, and that the Act was passed before the Commission had rendered its report even though the Throne Speech of February 23, 1989 indicated that the government was awaiting the report. Kennedy Prov. Ct. J. also noted that the Medical Society was not consulted until after the Act was passed and that even then, according

un abus de pouvoir discrétionnaire de la part du conseil des ministres provincial et que celui-ci avait donc excédé sa compétence.

a Les juridictions inférieures

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

^b Le juge Kennedy a décidé d'étudier en premier la question de la répartition des pouvoirs et, cela fait, il a jugé inutile de pousser plus loin l'analyse. Il a conclu que [TRADUCTION] «l'interdiction et la réglementation de l'avortement ont toujours été et restent des questions de droit criminel dans notre pays» et il a déterminé, à la p. 295:

[TRADUCTION] Il semble donc que, si l'interdiction ou la réglementation de l'avortement relèvent du droit criminel et si le Parlement, en exerçant validement son pouvoir exclusif de légiférer sur le droit criminel, peut décider ce qui est criminel et ce qui ne l'est pas, alors la province de la Nouvelle-Écosse, en limitant les avortements thérapeutiques aux hôpitaux, a empiété sur un domaine de compétence fédérale.

^d Il a décidé qu'il pouvait à juste titre aller au-delà de la teneur même des textes législatifs pour tenir compte de la preuve extrinsèque de leur origine législative en vue d'en déterminer le caractère véritable. Il a conclu que le gouvernement de la Nouvelle-Écosse avait appris en janvier 1989 que le Dr Morgentaler avait l'intention d'ouvrir une clinique d'avortement à Halifax. Il a examiné la chronologie des faits postérieurs et conclu qu'il était raisonnable d'inférer que le gouvernement croyait que la *Medical Services Act* et le règlement lui permettraient d'atteindre le même objectif que les règlements de mars. Il a fait observer que le gouvernement provincial a désigné en 1987 une commission royale d'enquête chargée d'étudier les questions relatives aux soins de santé et de recommander une politique en la matière, et que la Loi a été votée avant que la commission ait présenté son rapport, même si le discours du Trône du 23 février 1989 indiquait que le gouvernement attendait la publication du rapport. Le juge Kennedy a fait remarquer en outre que l'ordre des médecins n'avait été consulté qu'après l'adoption de la Loi et que, même à ce moment-là, selon le président de

to the then president of the Society, the restriction of abortion was not negotiable.

Kennedy Prov. Ct. J. held evidence of statements and speeches made in the legislature during debates to be relevant and admissible. He found that the Health Minister had openly stated the government's policy to stop free-standing abortion clinics, in particular Dr. Morgentaler's, that this sentiment permeated the debates on both sides of the Assembly, and that Dr. Morgentaler was an acknowledged "mischief" against which the legislation was directed. He also considered relevant, though not determinative, the substantial penalties imposed by the Act (s. 6(1)).

He concluded that the Act and regulation were in pith and substance criminal law, "made primarily to control and restrict abortions within the province" and "to keep free-standing abortion clinics, and in the specific, Dr. Morgentaler out of Nova Scotia" (at p. 302). The province's privatization concerns, while real, were incidental to the paramount purpose of the legislation. Given this conclusion, Kennedy Prov. Ct. J. acquitted the respondent. He refrained from dealing with the *Charter* issues unless directed by an appeal court to do so.

B. Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division (1991), 104 N.S.R. (2d) 361

(1) Freeman J.A., Clarke C.J.N.S. and Hart and Chipman JJ.A. concurring

Freeman J.A. held, at p. 363, that while the province had the legislative power to pass a law in the present form, the question was whether it was colourable criminal law, i.e.:

... whether the province properly used [its] powers and created a law within the provincial competence, or whether it improperly attempted to use federal powers to

l'ordre à l'époque, la limitation de l'avortement n'était pas négociable.

Le juge Kennedy a décidé que la preuve des déclarations et des discours faits devant l'assemblée législative était pertinente et admissible. Il a conclu que le ministre de la Santé avait dit ouvertement que la position de son gouvernement était d'empêcher l'implantation de cliniques d'avortement autonomes, en particulier celle du Dr. Morgentaler, que la même opinion était répandue parmi les députés des deux côtés qui ont participé au débat à l'assemblée législative et que le Dr. Morgentaler représentait un «mal» reconnu que les textes législatifs cherchaient à corriger. Il a de plus tenu pour admissibles, encore qu'elles ne fussent pas décisives, les amendes importantes dont la Loi frappait les contrevenants (par. 6(1)).

Il a conclu que la Loi et le règlement ressortissaient, de par leur caractère véritable, au droit criminel [TRADUCTION] «visant avant tout à contrôler et à limiter les avortements dans la province» et «à empêcher l'implantation de cliniques d'avortement autonomes et, particulièrement, celle du Dr. Morgentaler, en Nouvelle-Écosse» (à la p. 302). Les préoccupations de la province quant à la privatisation étaient certes réelles, mais elles étaient accessoires à l'objet primordial des textes législatifs. Étant donné cette conclusion, le juge Kennedy a acquitté l'intimé. Il s'est abstenu d'examiner les questions relatives à la *Charte*; il ne le fera que si une cour d'appel le lui demande.

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

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

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

[TRADUCTION] ... si la province avait utilisé à bon droit [ses] pouvoirs et créé une loi relevant de sa compétence ou si elle avait à tort essayé d'utiliser le pouvoir fédéral

pass a law that, regardless of its form, is actually a criminal law.

He held that both purpose and effect are relevant to characterizing the "matter" in relation to which a law is enacted. He found that the legislation effectively duplicated s. 251 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 287), the section struck down by this Court in *Morgentaler* (1988), *supra*. On the other hand, he also held that the effect of the Act was to prevent privatization, and since legislative effects alone were inconclusive, he examined purpose in more depth. He held that the legislative debates were admissible and relevant to the background and purpose of the legislation. They demonstrated that the government's intent in making the March regulations and introducing the Act was to prevent the establishment of Morgentaler clinics in Nova Scotia, and that the members of both sides of the House understood this as the paramount purpose of the legislation.

Freeman J.A. conceded that a credible case could be made out for the provincial objective of stamping out privatization of health care services, but disagreed that this was the primary target of the legislation. Six factors pointed in the other direction (at pp. 376-77), and they are worth repeating in full:

1. Privatization of medical services had not been enunciated as a government objective prior to the introduction of the *Medical Services Act*. It was not mentioned in the Throne Speech on February 23, 1989. The Throne Speech did say that a Royal Commission Report was being awaited. The order-in-council establishing the Royal Commission made no reference to privatization.

2. The "March regulations" were obviously aimed at Morgentaler clinics. Hon. David Nantes, Health Minister, made that clear when he announced them to the legislature . . . The *Medical Services Act* was presented to the legislature following a court challenge to the March regulations. It was introduced on June 6, 1989, and passed, with the appearance of last-minute haste, the day the House closed on June 15, 1989. The March regulations were encompassed by the *Medical Services Act*

de voter une loi qui, peu importe sa forme, relève en fait du droit criminel.

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

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

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

ⁱ 2. Les «règlements de mars» visaient manifestement les cliniques Morgentaler. Monsieur David Nantes, ministre de la Santé, l'a bien souligné quand il en a fait part à l'assemblée législative [. . .] La *Medical Services Act* a été présentée à l'assemblée après que les règlements de mars eurent été attaqués en justice. Elle a été présentée le 6 juin 1989 et votée, à la hâte, semble-t-il, le jour de la clôture de la session le 15 juin 1989. Les règlements de mars étaient englobés dans la *Medical Services Act* et

and its regulation. They were revoked, no longer necessary, on July 20, 1989, the day the regulation was passed under the *Medical Services Act*.

3. In explaining the desirability of avoiding the pitfalls of privatization, the Crown relied heavily on economic considerations. The report of the Royal Commission on Health Costs was being awaited, as the Throne Speech noted. In passing the *Medical Services Act* on June 15, 1989, the legislature elected to do so without the benefit of observations or recommendations by the Royal Commission . . .

4. The Crown's evidence as to the official policy of the government of Nova Scotia on the privatization issue was given by Mr. Malcom [a senior bureaucrat] . . . The Minister of Health or other cabinet Ministers could have given the best evidence as to the real purpose of the *Medical Services Act*. While Mr. Nantes emphasized privatization in moving second reading of the *Medical Services Act*, his remarks to the house about the abortion clinics left little doubt about the government's objectives for the *Act*.

5. The Department of Health had been engaged in discussions with the Medical Society of Nova Scotia to have more health care services delivered outside of hospitals. The Medical Society was not consulted about the *Act* prior to its introduction. The evidence suggests the *Act* runs counter to the direction of the talks.

6. Under s. 35 of the *Health Services and Insurance Act* the penalty for a violation of either the *Act* or regulations made under it is a maximum fine of \$100 for a first offence and \$200 for a subsequent offence. Under the *Hospitals Act* the maximum fine is \$500. The *Medical Services Act* provides for a minimum fine of \$10,000 and a maximum fine of \$50,000. The Crown's explanation for the substantial penalties under the *Medical Services Act* is noteworthy:

"Penalties are a means of enforcing compliance with provincial laws . . . Where a person is determined to carry on a lucrative business, as is Dr. Morgentaler, who charged an average of \$350 per procedure (Admission of Facts), and who anticipates being open for business in Halifax two days per week, (Transcript, p. 1165) at 15 procedures per day, or approxi-

dans son règlement d'application. N'étant plus nécessaires, ils ont été abrogés le 20 juillet 1989, jour où a été pris le règlement en application de la *Medical Services Act*.

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

^b 4. La preuve du ministère public quant à la position officielle du gouvernement de la Nouvelle-Écosse au chapitre de la privatisation a été fournie par le témoignage de M. Malcom [un haut fonctionnaire] . . . Le ministre de la Santé ou d'autres ministres auraient pu apporter la meilleure preuve relativement à l'objectif véritable de la *Medical Services Act*. Certes, M. Nantes a mis l'accent sur la privatisation en proposant la deuxième lecture du projet de loi, mais ses propos devant l'assemblée au sujet des cliniques d'avortement ne laissaient aucun doute quant aux objectifs du gouvernement relativement à cette loi.

^c 5. Le ministère de la Santé avait discuté avec l'ordre des médecins de la Nouvelle-Écosse de la possibilité de fournir davantage de soins de santé ailleurs que dans les hôpitaux. L'ordre des médecins n'a pas été consulté au sujet de la *Loi* avant qu'elle n'ait été déposée. Les témoignages semblent indiquer que la *Loi* ne va pas dans le même sens que les pourparlers.

^d 6. Aux termes de l'art. 35 de la *Health Services and Insurance Act*, la peine pour la violation de la *Loi* ou du règlement est une amende maximale de 100 \$ en cas de première infraction, et de 200 \$, en cas de récidive. Sous le régime de la *Hospitals Act*, l'amende maximale est de 500 \$. La *Medical Services Act* prévoit une amende minimale de 10 000 \$ et une amende maximale de 50 000 \$. Il convient de noter que le ministère public a donné, à propos des amendes importantes prévues par cette loi, l'explication qui suit:

^e «Les peines sont un moyen d'assurer le respect des lois provinciales. [. . .] Lorsqu'une personne est déterminée, comme l'est le Dr Morgentaler, à exercer une activité commerciale lucrative — il demandait en moyenne 350 \$ par intervention (admission de faits) et prévoyait ouvrir sa clinique à Halifax deux jours par semaine (Transcription, à la p. 1165), ce qui

mately \$10,000 for two days work, if the penalty was not substantial, it would not ensure compliance with the law. In this case a penalty of \$10,000 represents approximately two days work for Dr. Morgentaler." [Freeman J.A.'s emphasis.]

a donne 15 interventions par jour ou environ 10 000 \$ pour deux jours de travail — si l'amende n'est pas élevée, elle n'assurera pas le respect de la loi. En l'espèce, une amende de 10 000 \$ représente environ deux jours de travail pour le Dr Morgentaler.» [Souligné par le juge Freeman.]

Freeman J.A. concluded as follows, at p. 378:

b In summary, there is little in the evidence of the purpose of the *Medical Services Act* to suggest that its primary thrust was privatization, and a great deal that shows it was primarily intended to prohibit Morgentaler abortion clinics. It will be recalled that the effect was somewhat equivocal: it impacted upon private abortion clinics in the same manner as s. 251 of the *Criminal Code*, but it also had the effect of preventing privatization. When the purpose and effect of the *Act* are considered together, against the background of all the relevant circumstances, the conclusion is inescapable.

c The *Medical Services Act* is in its pith and substance criminal law, as Judge Kennedy found it to be. As such, it is beyond the jurisdiction of the government of Nova Scotia; it must be struck down.

(2) Jones J.A., dissenting

d In Jones J.A.'s view, the issue was "simply whether the province has the power to regulate how and where medical services may be performed in the province" (at p. 378). He referred to the provinces' general jurisdiction over health matters including the non-criminal aspects of abortion, and after considering the terms of the *Medical Services Act*, he concluded, at p. 383:

e In the absence of federal legislation the province has a legitimate interest in the performance of abortions in doctors' offices where that practice is objectionable to the public. Obviously that was the view of the Legislature. In my view the pith and substance of the *Act* is simply the regulation of where these medical services can be performed. I see no difference in principle between such legislation and legislation requiring the treatment of aids patients or battered children in hospitals. Those are matters within the power of the provinces to legislate in relation to public health. That being

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

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

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

(2) Le juge Jones (dissident)

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

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

so it is not open to this Court to review the reasons for the legislation.

He considered the "colourability" doctrine inapplicable since here the province was empowered to deal with the subject, and "[l]egislation is not open to review on the issue of colourability where a legislature is clearly acting within its powers" (at pp. 384-85). He would have allowed the appeal and ordered the trial to continue.

Issues

On February 18, 1992, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

1. Is the *Medical Services Act*, R.S.N.S. 1989, c. 281, *ultra vires* the Legislature of the Province of Nova Scotia on the ground that the Act is legislation in relation to criminal law falling within the exclusive legislative jurisdiction of the Parliament of Canada under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*?
2. Is the *Medical Services Designation Regulation*, N.S. Reg. 152/89, made on the 20th day of July, 1989, pursuant to s. 8 of the *Medical Services Act*, R.S.N.S. 1989, c. 281, *ultra vires* the Lieutenant Governor in Council on the ground the Regulation was made pursuant to legislation in relation to criminal law falling within the exclusive legislative jurisdiction of the Parliament of Canada under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*?

It is important to keep in mind that the question before us is limited to the distribution of powers. The impact of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on legislation of this kind, while an important subject, is not in issue here. A holding that this legislation relates to a matter within the legislative competence of one or the other level of government does not mean that such legislation would either survive or fail the scrutiny of the *Charter*.

Moreover, even for purposes of the distribution of powers the issues are limited in this case: the criminal law power is the only federal head of

matière de santé publique. En conséquence, il n'appartient pas à notre Cour d'examiner les raisons qui sous-tendent la loi.

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

Les questions en litige

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

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

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

Au surplus, même aux fins du partage des compétences, les questions en litige sont restreintes: le pouvoir relatif au droit criminel est le seul chef de

power in issue. This is the basis on which the case has proceeded since the trial, and is reflected in the terms of the constitutional questions. Although the argument has been made elsewhere that abortion falls properly under the federal government's residual power to legislate for peace, order and good government (see, e.g., M. McConnell and L. Clark, "Abortion Law in Canada: A Matter of National Concern" (1991), 14 *Dalhousie L.J.* 81), that argument cannot be entertained here because of the way in which the issues were framed. Hence the intervener CARAL was not allowed to present argument on this issue in this case: *R. v. Morgentaler*, [1993] 1 S.C.R. 462 (motion in chambers). The only issues are whether the legislation is within the competence of the province under s. 92 of the *Constitution Act, 1867*, or whether it is in relation to the criminal law and thus within the exclusive competence of Parliament under s. 91(27).

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

Analysis

A. General

The appellant argued that the *Medical Services Act* and the regulation are valid provincial legislation enacted pursuant to the province's legislative authority over hospitals, health, the medical profession and the practice of medicine. It relies particularly on heads (7), (13), and (16) of s. 92 of the *Constitution Act, 1867*, which give the province exclusive legislative authority over:

92. . . .

7. The Establishment, Maintenance, and Management of Hospitals, Asylums, Charities, and Eleemosynary Institutions in and for the Province, other than Marine Hospitals.

13. Property and Civil Rights in the Province.

Analyse

A. Aperçu

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

92. . . .

7. L'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux, asiles, institutions et hospices de charité dans la province, autres que les hôpitaux de marine;

j 13. La propriété et les droits civils dans la province;

16. Generally all Matters of a merely local or private Nature in the Province.

The ground on which the legislation is challenged is head (27) of s. 91, which reserves "The Criminal Law . . ." to Parliament. On the basis of the analysis that follows I conclude that the *Medical Services Act* and *Medical Services Designation Regulation* are criminal law in pith and substance and consequently *ultra vires* the province of Nova Scotia. The appeal must therefore be dismissed.

In my opinion, the Act and *Medical Services Designation Regulation* must be considered together for the purposes of constitutional characterization. The Act is in general terms, and only by N.S. Reg. 152/89 were its terms given specific meaning by attachment to particular medical services. The history of the Act, including its consideration in the House of Assembly and its connection to the earlier March regulations, shows that it was always considered in light of the medical services to which it would apply, and it was almost always discussed with particular reference to one of them, namely abortion. The Act and the list of services eventually embodied in the regulation were intertwined from the start.

The situation is similar to that in *Texada Mines Ltd. v. Attorney-General of British Columbia*, [1960] S.C.R. 713, in which British Columbia enacted legislation providing for a tax to be imposed in respect of a mineral or minerals found in a "producing area". The rate of tax, the minerals subject to it and the producing area in which it would apply were all left to be designated. Regulations were made designating a certain area as a "producing area", designating iron as the only mineral subject to the tax and setting the rate of tax. This Court considered the statute together with the regulations for the purposes of constitutional characterization, and found (after referring also to related statutes, the legislative history and background including the province's historical efforts to encourage iron smelting in the province by means of what were effectively export taxes, the nature of the iron ore market, and the deterrent effect of the tax) that the statute was an *ultra vires*

16. Généralement toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province.

La contestation des textes est fondée sur la rubrique (27) de l'art. 91, qui réserve «Le droit criminel [...]» au Parlement. Étant donné l'analyse qui suit, je conclus que la *Medical Services Act* et le *Medical Services Designation Regulation* participent du droit criminel de par leur caractère véritable et, par conséquent, excèdent les pouvoirs de la province de la Nouvelle-Écosse. Le pourvoi doit donc être rejeté.

À mon avis, la Loi et le *Medical Services Designation Regulation* doivent être examinés ensemble aux fins de leur qualification constitutionnelle. La Loi est rédigée en termes généraux dont le sens n'a été précisé que dans le règlement N.S. Reg. 152/89, par lequel ils ont été rattachés à des services médicaux particuliers. L'historique de la Loi, y compris son étude à l'assemblée législative et son rapport avec les règlements de mars, montre qu'elle a toujours été examinée en fonction des services médicaux auxquels elle s'appliquerait, et le débat sur cette loi a presque toujours porté sur l'un de ces services, soit l'avortement. La Loi et la liste de services insérée ultérieurement dans les règlements sont entrelacées depuis le début.

La situation est semblable à celle qui était en cause dans l'arrêt *Texada Mines Ltd. c. Attorney-General of British Columbia*, [1960] R.C.S. 713, où la Colombie-Britannique avait voté une loi prévoyant l'imposition d'une taxe sur le minéral ou les minéraux qui seraient extraits dans une [TRA-DUCTION] «région productrice». Le taux de la taxe, les minéraux assujettis à celle-ci et la région productrice visée devaient être désignés plus tard. Un règlement a été pris, désignant une certaine région «région productrice», désignant un seul minéral, soit le fer, et fixant le taux de la taxe. Notre Cour a étudié la loi et le règlement ensemble afin d'en déterminer la constitutionnalité et a conclu (après s'être référée aussi à des lois connexes, à l'historique de la loi et au contexte, y compris les efforts déployés dans le passé par la province pour encourager l'établissement de fonderies sur son territoire au moyen de ce qui représentait en réalité des taxes à l'exportation, la nature du marché du minerai de

attempt to encourage the establishment of an iron ore smelter by imposing a prohibitive export tax. The regulations gave concrete meaning and content to the statute and were indispensable to its classification for constitutional purposes.

In similar fashion, the statute and regulation are considered together in the following analysis. I will refer to them both together as "the legislation". Together, in my opinion, they constitute an indivisible attempt by the province to legislate in the area of criminal law.

B. Classification of Laws

(1) "What's the 'Matter'?"

Classification of a law for purposes of federalism involves first identifying the "matter" of the law and then assigning it to one of the "classes of subjects" in respect to which the federal and provincial governments have legislative authority under ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. This process of classification is "an interlocking one, in which the British North America Act and the challenged legislation react on one another and fix each other's meaning": B. Laskin, "Tests for the Validity of Legislation: What's the 'Matter'?" (1955), 11 *U.T.L.J.* 114, at p. 127. Courts apply considerations of policy along with legal principle; the task requires "a nice balance of legal skill, respect for established rules, and plain common sense. It is not and never can be an exact science": F. R. Scott, *Civil Liberties and Canadian Federalism* (1959), at p. 26.

A law's "matter" is its leading feature or true character, often described as its pith and substance: *Union Colliery Co. of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580 (P.C.), at p. 587; see also *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273, at p. 1286. There is no single test for a law's pith and substance. The approach must be flexible and a technical, formalistic approach is to be avoided. See

fer et l'effet dissuasif de la taxe) que la loi constituait une tentative *ultra vires* d'encourager l'établissement d'une fonderie par l'imposition d'une taxe à l'exportation prohibitive. Le règlement donnait un sens et un contenu concrets à la loi et était indispensable pour sa qualification sur le plan constitutionnel.

De la même façon, la loi et le règlement sont examinés ensemble dans l'analyse qui suit. Je les appellerai «les textes législatifs». Pris ensemble, à mon avis, ils représentent une tentative indivisible de la part de la province de légiférer dans le domaine du droit criminel.

B. La qualification des lois

(1) «Quelle est la matière en cause?»

La qualification d'une loi dans le cadre du fédéralisme suppose premièrement l'identification de la «matière» visée, puis son rangement dans l'une des «catégories de sujets» relativement auxquels les gouvernements fédéral et provinciaux exercent leur autorité législative sous le régime des art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ce processus de qualification est fait [TRADUCTION] «d'éléments qui s'entremêlent et dans ce processus, l'Acte de l'Amérique du Nord britannique et la loi contestée interagissent et déterminent le sens l'un de l'autre»: B. Laskin, «Tests for the Validity of Legislation: What's the «Matter»?» (1955), 11 *U.T.L.J.* 114, à la p. 127. Les tribunaux tiennent compte de considérations générales ainsi que des principes de droit; la tâche exige [TRADUCTION] «un délicat dosage de compétence de juriste, de respect des règles établies et de gros bon sens. Ce n'est pas et ce ne sera jamais une science exacte»: F. R. Scott, *Civil Liberties and Canadian Federalism* (1959), à la p. 26.

La «matière» d'une loi est son idée maîtresse, souvent appelée son caractère véritable: *Union Colliery Co. of British Columbia c. Bryden*, [1899] A.C. 580 (C.P.), à la p. 587; voir aussi *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273, à la p. 1286. Il n'y a pas de critère unique du caractère véritable d'une loi. Il faut procéder avec souplesse et éviter tout formalisme. Voir Hogg, *Constitutional Law of*

Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), vol. 1, at p. 15-13. While both the purpose and effect of the law are relevant considerations in the process of characterization (see, e.g., *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117 (P.C.) (the *Alberta Bank Taxation Reference*), at p. 130; *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366, at pp. 1389, 1392), it is often the case that the legislation's dominant purpose or aim is the key to constitutional validity. Rand J. put it this way in *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, at pp. 302-3:

The detailed distribution made by ss. 91 and 92 places limits to direct and immediate purposes of provincial action The settled principle that calls for a determination of the "real character", the "pith and substance", of what purports to be enacted and whether it is "colourable" or is intended to effect its ostensible object, means that the true nature of the legislative act, its substance in purpose, must lie within s. 92 or some other endowment of provincial power.

See also *Carnation Co. v. Quebec Agricultural Marketing Board*, [1968] S.C.R. 238; *Canadian Indemnity Co. v. Attorney-General of British Columbia*, [1977] 2 S.C.R. 504, at p. 512; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at pp. 354-55, 357-58; and *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 744-45, 747 and 751 (Dickson C.J.), at p. 788 (Beetz J.), and at p. 807 (Wilson J.).

(2) Purpose and Effect

(a) "Legal Effect" or Strict Legal Operation

Evidence of the "effect" of legislation can be relevant in two ways: to establish "legal effect" and to establish "practical effect". The analysis of pith and substance necessarily starts with looking at the legislation itself, in order to determine its legal effect. "Legal effect" or "strict legal operation" refers to how the legislation as a whole affects the rights and liabilities of those subject to its terms, and is determined from the terms of the legislation itself. See Hogg, *supra*, at pp. 15-13 and 15-15. Legal effect is often a good indicator of

Canada (3^e éd. 1992), vol. 1, à la p. 15-13. Bien que l'objet et l'effet de la loi soient des facteurs pertinents dans le processus de qualification (voir, p. ex., l'arrêt *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117 (C.P.) (*Alberta Bank Taxation Reference*), à la p. 130; l'arrêt *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366, aux pp. 1389 et 1392), il arrive souvent que l'objet ou le but principal de la loi soit l'élément clef de la constitutionnalité. Comme le dit le juge Rand dans l'arrêt *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, aux pp. 302 et 303:

[TRADUCTION] La répartition détaillée prévue aux art. 91 et 92 impose des limites aux fins directes et immédiates de l'action provinciale. [...] Le principe établi qui exige la détermination du «caractère véritable», de «l'essence et la substance», de ce qui est censé avoir été adopté comme loi et la question de savoir si le texte est «spécieux» ou est destiné à atteindre son objet ostensible, signifie que la nature véritable de l'acte législatif, son objet fondamental, doit relever de l'art. 92 ou de quelque autre attribution de pouvoirs provinciaux.

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

(2) L'objet et l'effet

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

La preuve de l'«effet» d'un texte législatif peut être pertinente sous deux aspects: pour établir son «effet juridique» et pour établir son «effet pratique». L'analyse du caractère véritable commence nécessairement par l'examen du texte même, en vue d'en déterminer l'effet juridique. L'«effet juridique» ou l'«application sur le strict plan du droit» se rapporte à la manière dont le texte législatif dans son ensemble influe sur les droits et les obligations de ceux qui sont assujettis à ses dispositions, et est déterminé en fonction des termes

the purpose of the legislation (see, e.g., *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (P.C.) (the *Alberta Bill of Rights case*), and *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, at p. 326, Rand J.)), but is relevant in constitutional characterization even when it is not fully intended or appreciated by the enacting body. Thus in *Starr v. Houlden*, *supra*, the terms of reference of the Patricia Starr inquiry were held to duplicate the purposes and functions of a police investigation and preliminary inquiry into criminal allegations against specific individuals, which are criminal law matters, even though the province may not have intended that result.

The analysis of pith and substance is not, however, restricted to the four corners of the legislation (see, e.g., *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, at pp. 388-89). Thus the court "will look beyond the direct legal effects to inquire into the social or economic purposes which the statute was enacted to achieve", its background and the circumstances surrounding its enactment (Hogg, *supra*, at p. 15-13) and, in appropriate cases, will consider evidence of the second form of "effect", the actual or predicted practical effect of the legislation in operation (*Alberta Bank Taxation Reference*, *supra*, at p. 130). The ultimate long-term, practical effect of the legislation will in some cases be irrelevant. See *Reference re Anti-Inflation Act*, *supra*, at p. 389.

(b) *The Use of Extrinsic Materials*

In determining the background, context and purpose of challenged legislation, the court is entitled to refer to extrinsic evidence of various kinds provided it is relevant and not inherently unreliable: *Reference re Residential Tenancies Act*, 1979, [1981] 1 S.C.R. 714, at p. 723, *per* Dickson J. This clearly includes related legislation (such as, in this case, the March regulations and the former s. 251 of the *Criminal Code*), and evidence of the "mis-

mêmes du texte. Voir Hogg, *op. cit.*, aux pp. 15-13 et 15-15. L'effet juridique est souvent une bonne indication de l'objet du texte (voir, p. ex., les arrêts *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (C.P.) (*Alberta Bill of Rights*), et *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, à la p. 326 (le juge Rand)), mais il est pertinent pour la qualification constitutionnelle même lorsque ce n'était pas vraiment l'intention du législateur ou qu'il n'en n'était pas parfaitement conscient. Ainsi, dans l'arrêt *Starr c. Houlden*, précité, notre Cour a jugé que le mandat de la commission d'enquête concernant Patricia Starr reprenait les objets et les fonctions d'une enquête de police et d'une enquête préliminaire visant les allégations de perpétration d'infractions criminelles par des personnes désignées, une question qui relève du droit criminel, même si la province n'avait peut-être pas voulu ce résultat.

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

b) *L'utilisation d'éléments extrinsèques*

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

chief' at which the legislation is directed: *Alberta Bank Taxation Reference*, *supra*, at pp. 130-33. It also includes legislative history, in the sense of the events that occurred during drafting and enactment; as Ritchie J., concurring in *Reference re Anti-Inflation Act*, *supra*, wrote at p. 437, it is "not only permissible but essential" to consider the material the legislature had before it when the statute was enacted.

The former exclusionary rule regarding evidence of legislative history has gradually been relaxed (*Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297, at pp. 317-19), but until recently the courts have balked at admitting evidence of legislative debates and speeches. Such evidence was described by Dickson J. in *Reference re Residential Tenancies Act*, 1979, *supra*, at p. 721 as "inadmissible as having little evidential weight", and was excluded in *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, *supra*, at p. 319, and *Attorney General of Canada v. Reader's Digest Association (Canada) Ltd.*, [1961] S.C.R. 775. The main criticism of such evidence has been that it cannot represent the "intent" of the legislature, an incorporeal body, but that is equally true of other forms of legislative history. Provided that the court remains mindful of the limited reliability and weight of Hansard evidence, it should be admitted as relevant to both the background and the purpose of legislation. Indeed, its admissibility in constitutional cases to aid in determining the background and purpose of legislation now appears well established. See *Reference re Anti-Inflation Act*, *supra*, at p. 470, per Beetz J. (dissenting); *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*, at p. 749; *Starr v. Houlden*, *supra*, at pp. 1375-76, 1404 (distribution of powers); *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, at pp. 24-25; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at pp. 983-84 (*Charter*); and *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234, at pp. 249-251 (language rights). I would adopt the following passage from

preuve du «mal» que le texte vise à corriger: *Alberta Bank Taxation Reference*, précité, aux pp. 130 à 133. Ils comprennent aussi l'historique du texte, c'est-à-dire les circonstances de sa rédaction et de son adoption; comme le dit le juge Ritchie dans ses motifs concordants dans le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, précité, à la p. 437, il nous est «non seulement permis, mais nécessaire» de prendre en considération les renseignements que le législateur avait devant lui lorsqu'il l'a adopté.

L'ancienne règle d'exclusion touchant la preuve de l'historique d'un texte législatif a été graduellement assouplie (*Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297, aux pp. 317 à 319), mais jusqu'à récemment, les tribunaux ont hésité à admettre la preuve des débats et des discours devant le corps législatif. Dans le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, précité, à la p. 721, le juge Dickson a dit que ces discours étaient «irrecevables vu leur faible valeur probante» et ils ont été exclus dans le *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, précité, à la p. 319 et dans l'arrêt *Attorney General of Canada c. Reader's Digest Association (Canada) Ltd.*, [1961] R.C.S. 775. La principale critique dont a été l'objet ce type de preuve a été qu'elle ne saurait représenter l'*«intention»* de la législature, personne morale, mais c'est aussi vrai pour d'autres formes de contexte d'adoption d'une loi. À la condition que le tribunal n'oublie pas que la fiabilité et le poids des débats parlementaires sont limités, il devrait les admettre comme étant pertinents quant au contexte et quant à l'objet du texte législatif. En effet, il semble désormais bien établi qu'ils sont admissibles dans les affaires constitutionnelles car ils aident le tribunal à déterminer le contexte et l'objet du texte. Voir le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, précité, à la p. 470, le juge Beetz (dissident); *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, précité, à la p. 749; *Starr c. Houlden*, précité, aux pp. 1375, 1376 et 1404 (partage des pouvoirs); *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, aux pp. 24 et 25; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, aux pp. 983 et 984 (*Charter*), et *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234, aux pp. 249 à 251 (droits linguistiques). Je souscris au passage qui suit, tiré de

Hogg, supra, as an accurate summary of the state of the law on this point (at pp. 15-14 and 15-15):

In determining the "purpose" of a statute in this special sense, there is no doubt as to the propriety of reference to the state of law before the statute and the defect in the law (the "mischief") which the statute purports to correct. These may be referred to under ordinary rules of statutory interpretation. Until recently, there was doubt about the propriety of reference to parliamentary debates (Hansard) and other sources of the "legislative history" of the statute. The relevance of legislative history is obvious: it helps to place the statute in its context, gives some explanation of its provisions, and articulates the policy of the government that proposed it. Legislative history has usually been held inadmissible in Canada under ordinary rules of statutory interpretation. But the interpretation of a particular provision of a statute is an entirely different process from the characterization of the entire statute for purposes of judicial review. There seems to be no good reason why legislative history should not be resorted to for the latter purpose, and, despite some earlier authority to the contrary, it is now established that reports of royal commissions and law reform commissions, government policy papers and even parliamentary debates are indeed admissible. [Footnotes omitted.]

I would therefore hold, as did Freeman J.A. in the Court of Appeal, that the excerpts from Hansard were properly admitted by the trial judge in this case. In a nutshell, this evidence demonstrates that members of all parties in the House understood the central feature of the proposed law to be prohibition of Dr. Morgentaler's proposed clinic on the basis of a common and almost unanimous opposition to abortion clinics *per se*. I will return to the evidence below.

(c) *Practical Effect*

In the present case the Attorney General of Nova Scotia submits that the evidence shows that the future administration of the Act will not result in a restriction on abortion services; the respondent submits the opposite. This raises the question of the relevance of evidence of practical effect. I have noted that the legal effect of the terms of legisla-

Hogg, op. cit., qui constitue un résumé exact de l'état actuel du droit sur ce point (aux pp. 15-14 et 15-15):

a [TRADUCTION] Il n'y a aucun doute que, pour déterminer l'«objet» d'une loi dans ce sens particulier, le tribunal peut à bon droit se référer à l'état du droit avant l'adoption de la loi et au défaut de la loi (au «mal») qu'elle vise à corriger. Les règles ordinaires d'interprétation des lois lui permettent de s'y référer. Jusqu'à récemment, il n'était pas certain qu'il pouvait se reporter aux débats parlementaires (au compte rendu officiel) et à d'autres sources concernant l'«historique de la loi». La pertinence de l'historique de la loi est évidente: elle aide à situer la loi dans son contexte, donne certaines explications sur ses dispositions et précise la position du gouvernement qui l'a proposée. Les tribunaux canadiens ont habituellement jugé inadmissible l'historique de la loi suivant les règles ordinaires d'interprétation. Mais l'interprétation d'une disposition particulière est un processus tout à fait différent de la qualification d'une loi dans son ensemble aux fins du contrôle judiciaire. Il semble qu'il n'y ait aucune bonne raison de ne pas se reporter à l'historique de la loi pour cette dernière fin et, malgré une certaine jurisprudence ancienne qui s'y opposait, il est maintenant bien établi que les rapports de commissions d'enquête et de commissions de réforme du droit, les énoncés de politique gouvernementaux et même les débats parlementaires sont en effet admissibles. [Renvois omis.]

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

c) *L'effet pratique*

j En l'espèce, le procureur général de la Nouvelle-Écosse soutient que la preuve montre que l'application future de la Loi n'entraînera pas de restriction des services d'avortement; l'intimé soutient le contraire. Cela soulève la question de la pertinence de la preuve de l'effet pratique. J'ai fait observer que l'effet juridique des termes du texte

tion is always relevant. Barring material amendments, it does not change over time. The practical effect of legislation, on the other hand, has a less secure status in constitutional analysis. Practical effect consists of the actual or predicted results of the legislation's operation and administration (see, e.g., *Saumur, supra*). Courts are often asked to adjudicate the constitutionality of legislation which is not yet in force or which, as here, has only been in force a short time. In such cases any prediction of future practical effect is necessarily short-term, since the court is not equipped to predict accurately the future consequential impact of legislation.

In the *Anti-Inflation Act* reference, *supra*, Laskin C.J. was willing to admit evidence of the circumstances in which the legislation was passed (at p. 391), but did not admit evidence of its predicted operation and effect, finding that "no general principle of admissibility or inadmissibility can or ought to be propounded by this Court" (at p. 389). The difficulty with practical effect is that whereas in one context practical effect may reveal the true purpose of the legislation (see *Saumur, supra*), in another context it may be incidental and entirely irrelevant even though it is drastic (*Attorney-General for Saskatchewan v. Attorney-General for Canada*, [1949] A.C. 110 (P.C.), *Canadian Indemnity Co. v. Attorney-General of British Columbia, supra*; *Whitbread v. Walley, supra*, at p. 1286); and in yet another context provincial and federal enactments with the same practical impact may both stand if the matter to which they relate has two "aspects" of roughly equivalent importance, one within federal and the other within provincial competence (*Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (P.C.), at p. 130; *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749).

In the majority of cases the only relevance of practical effect is to demonstrate an *ultra vires* purpose by revealing a serious impact upon a matter

législatif est toujours pertinent. Sauf si des modifications importantes sont apportées, cet effet ne change pas au fil des ans. En revanche, l'importance de l'effet pratique d'un texte législatif dans l'analyse constitutionnelle est moins certaine. L'effet pratique consiste dans le résultat réel ou prévu de l'application du texte (voir, p. ex., l'arrêt *Saumur*, précité). Les tribunaux sont souvent appelés à statuer sur la constitutionnalité de textes législatifs qui ne sont pas encore en vigueur ou qui, comme en l'espèce, ne le sont que depuis peu de temps. En pareil cas, toute prédiction de l'effet pratique futur n'est possible qu'à court terme, car le tribunal n'a pas les compétences pour prédire exactement les conséquences futures du texte.

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

Dans la majorité des cas, l'effet pratique ne sera pertinent que s'il témoigne d'un objet *ultra vires*, c'est-à-dire s'il révèle une conséquence grave sur

outside the enacting body's legislative authority and thus either contradicting an appearance of *intra vires* or confirming an impression of *ultra vires*. It was in light of the difficult status of practical effect (particularly as exemplified in *Walter v. Attorney General of Alberta*, [1969] S.C.R. 383, wherein provincial legislation banning communal landholding was held *intra vires* even though the legislation drastically infringed the Hutterite community's religious freedom) that Wilson J., concurring in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, held that legislative purpose is the focal point in distribution of powers analysis. One of the issues in that case was whether the *Lord's Day Act*, R.S.C. 1970, c. L-13, was enacted pursuant to Parliament's criminal law power. Dickson J. (as he then was), writing for the majority, held that the Act was valid criminal law because its purpose was to compel religious observance of a Sunday sabbath (at p. 352), and emphasized that his conclusion depended on the identification of the purpose of the Act (at p. 355). Wilson J. held, in a passage not in conflict with Dickson J.'s approach to division of powers, that the pith and substance of legislation is determined through "an examination of the primary legislative purpose with a view to distinguishing the central thrust of the enactment from its merely incidental effects" (at p. 357). She concluded, at p. 358, that:

Only when the effects of the legislation so directly impinge on some other subject matter as to reflect some alternative or ulterior purpose do the effects themselves take on analytic significance.

If, however, pith and substance can be determined without reference to evidence of practical effect, the absence of evidence that the legislation has a practical effect in line with this characterization will not displace the conclusion as to the legislation's invalidity. In such a case, "evidence as to the likely effect of legislation would not add anything useful to the task of characterization, but would merely bear on the wisdom or efficacy of

une matière qui ne relève pas de la compétence du corps législatif qui a adopté le texte et s'il contredit ainsi un objet apparemment *intra vires* ou s'il confirme l'impression que le texte est *ultra vires*.^a C'est à cause de la difficulté de la détermination du rôle de l'effet pratique (comme l'illustre en particulier l'arrêt *Walter c. Attorney General of Alberta*, [1969] R.C.S. 383, dans lequel une loi provinciale interdisant la propriété collective de terres a été déclarée *intra vires* même si elle portait gravement atteinte à la liberté de religion d'une communauté huttérite) que, dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, le juge Wilson, qui a souscrit à l'avis de ses collègues, a décidé que l'objet d'un texte législatif est au centre de l'analyse fondée sur le partage des compétences. Dans cette affaire, il s'agissait entre autres de décider si la *Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, ch. L-13,^b avait été adoptée conformément au pouvoir du Parlement en matière de droit criminel. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef), au nom de la majorité, a décidé que la loi relevait bien du droit criminel parce qu'elle avait pour objet l'observance obligatoire du sabbat (dimanche) (à la p. 352) et il a souligné que sa conclusion reposait sur le fait que l'objet de la loi avait été identifié (à la p. 355). Dans un passage qui ne s'opposait pas au point de vue du juge Dickson sur le partage des compétences, le juge Wilson a conclu que le caractère véritable de la loi est déterminé «par un examen de l'objet premier de la loi afin de distinguer la portée principale de cette loi de ses effets purement secondaires» (à la p. 357). Elle conclut, à la p. 358:^c

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

Si, toutefois, le caractère véritable peut être déterminé sans qu'il soit tenu compte de la preuve de l'effet pratique, l'absence de preuve que le texte législatif a un effet pratique correspondant à sa qualification n'écarte pas la conclusion quant à son invalidité. Dans un tel cas, [TRADUCTION] «la preuve de l'effet probable de la loi ne serait d'aucune utilité par rapport à la tâche de qualifier la loi, mais concerterait simplement la sagesse ou l'effi-

the statute. In those cases the evidence is not relevant" (Hogg, *supra*, at p. 15-16). See also *Reference re Anti-Inflation Act, supra*, at pp. 424-25. Such evidence will not change the legislation's "matter", and only goes to the effectiveness of the statute to fulfil its object. The court is not concerned with the wisdom of a statute, and the government surely cannot justify legislation already determined to be *ultra vires* by arguing that it will not realize its aim or objective. Moreover, as I have said, legislation is often considered before experience has shown its actual impact, and prediction of future impact is necessarily short-term. I would adapt what La Forest J. said in another context (*R. v. Edwards Books and Art Ltd., supra*, at p. 803) to this situation: "[i]t is undesirable that an Act be found constitutional today and unconstitutional tomorrow" simply because of the absence of conclusive evidence as to future impact or the possibility of a change in practical effect.

cacité de la loi. En pareil cas, la preuve n'est pas pertinente» (Hogg, *op. cit.*, à la p. 15-16). Voir aussi le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, précité, aux pp. 424 et 425. Cette preuve ne change pas la «matière» que vise le texte législatif et ne se rapporte qu'à l'efficacité de la loi pour ce qui est d'atteindre son objectif. Le tribunal ne s'intéresse pas à la sagesse de la loi et le gouvernement ne saurait certainement pas justifier un texte législatif déjà déclaré *ultra vires* en affirmant qu'il n'atteindra pas son but ou son objectif. Au surplus, je le répète, le texte est souvent étudié avant qu'on en connaisse les conséquences réelles et on ne peut nécessairement prédire son effet futur qu'à court terme. J'adapterais à la situation en cause ce qu'a dit le juge La Forest dans un autre contexte (arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, précité, à la p. 803): «[i]l n'est pas souhaitable qu'une loi soit jugée constitutionnelle aujourd'hui et inconstitutionnelle demain» simplement en raison de l'absence de preuve concluante quant à son effet futur ou quant à la possibilité d'un changement dans son effet pratique.

(3) Scope of the Applicable Heads of Power

The issue we face in the present case is whether Nova Scotia has, by the present legislation, regulated the place for delivery of a medical service with a view to controlling the quality and nature of its health care delivery system, or has attempted to prohibit the performance of abortions outside hospitals with a view to suppressing or punishing what it perceives to be the socially undesirable conduct of abortion. The former would place the legislation within provincial competence; the latter would make it criminal law.

(a) The Criminal Law

Section 91(27) of the *Constitution Act, 1867* gives the federal Parliament exclusive legislative jurisdiction over criminal law in the widest sense of the term: *Attorney General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524 (P.C.), at p. 529. In *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney General for Canada*, [1931] A.C. 310 (P.C.), at p. 324, the Judicial Committee took this

(3) La portée des chefs de compétence applicables

La question à trancher en l'espèce est de savoir si la Nouvelle-Écosse a, par les textes législatifs en cause, fixé le lieu où des services médicaux doivent être fournis afin de contrôler la qualité et la nature de son système de santé ou si elle a tenté d'interdire de pratiquer un avortement ailleurs que dans un hôpital afin de supprimer ou de punir l'avortement, qu'elle perçoit comme une conduite socialement indésirable. Dans la première hypothèse, le texte relève de la compétence de la province; dans la seconde, il touche le droit criminel.

a) Le droit criminel

Le paragraphe 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* attribue au Parlement la compétence législative exclusive sur le droit criminel au sens le plus large du terme: *Attorney General for Ontario c. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524 (C.P.), à la p. 529. Dans l'arrêt *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney General for Canada*, [1931] A.C. 310 (C.P.), à la p. 324, le

to include any act prohibited with penal consequences, but this interpretation was too generous and the missing ingredient was supplied by Rand J. in his classic formulation of the scope of the tests for criminal law in *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1 (the Margarine Reference), at pp. 49-50:

b

Comité judiciaire du Conseil privé a émis l'avis que ce terme incluait tout acte interdit, assorti de conséquences pénales, mais cette interprétation était trop libérale et l'élément manquant a été fourni par le juge Rand dans sa formulation classique de la portée des critères du droit criminel dans *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1 (*Renvoi sur la margarine*), aux pp. 49 et 50:

... 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.

c

[TRADUCTION] ... 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.

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. . . .

d

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 . . .

The presence or absence of a criminal public purpose or object is thus pivotal: see *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] S.C.R. 497, at pp. 508-9; *Good-year Tire and Rubber Co. of Canada v. The Queen*, [1956] S.C.R. 303, at p. 313; and *Boggs v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 49. This is not contradicted by the decision in *Starr v. Houlden*, *supra*. In that case the province of Ontario established a commission of inquiry to investigate and find whether Patricia Starr and Tridel Corporation had, in their dealings with public officials, conferred benefits, advantages or rewards of any kind on any public official. The terms of reference specified individuals by name and used language virtually indistinguishable from that of s. 121(b) of the *Criminal Code*. Lamer J. (as he then was), speaking for the majority, held the inquiry *ultra vires*, at p. 1402:

e

La présence ou l'absence d'un objet ou objectif public touchant le droit criminel est donc centrale: voir *Lord's Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia*, [1959] R.C.S. 497, aux pp. 508 et 509; *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada c. The Queen*, [1956] R.C.S. 303, à la p. 313; *Boggs c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 49. L'arrêt *Starr c. Houlden*, précité, ne contredit pas ce principe. Dans cette affaire, la province d'Ontario avait établi une commission d'enquête chargée de vérifier si Patricia Starr et Tridel Corporation avaient, dans le cadre de leurs relations d'affaire avec des fonctionnaires, accordé des bénéfices, avantages ou récompenses quelconques à un fonctionnaire. Le mandat désignait des personnes nommément et contenait des termes presque identiques à ceux de l'al. 121b) du *Code criminel*. Le juge Lamer (maintenant Juge en chef), au nom de la majorité, a conclu, à la p. 1402, que l'enquête excédait la compétence de la province:

... it is the combined and cumulative effect of the names together with the incorporation of the *Criminal Code* offence that renders this inquiry *ultra vires* the province. The terms of reference name private individuals and do so in reference to language that is virtually

j

C'est [...] l'effet combiné et cumulatif des noms et de l'incorporation de l'infraction visée au *Code criminel* qui rend l'enquête *ultra vires* de la province. Le mandat désigne des personnes nommément et le fait en utilisant des termes qui sont presque identiques à ceux de la dis-

indistinguishable from the parallel *Criminal Code* provision. Those same terms of reference require the Commissioner to investigate and make findings of fact that would in effect establish a *prima facie* case against the named individuals sufficient to commit those individuals to trial for the offence in s. 121 of the *Code*. The net effect of the inquiry, although perhaps not intended by the province, is that it acts as a substitute for a proper police investigation, and for a preliminary inquiry

Lamer J. found the circumstances surrounding the establishment of the inquiry and the legal effect of its terms of reference to be overpowering and determinative of the inquiry's criminal character. That the province may not have intended to usurp the criminal process of an investigation and preliminary inquiry into specific offences by named individuals was irrelevant. That does not mean, however, that the purpose or object of the inquiry was irrelevant. It was simply a case in which the legal effect of the terms of reference was paramount in establishing a criminal public purpose within Rand J.'s tests. In sum, Lamer J. found that the inquiry offended the principle that the province cannot use an inquiry "for the purpose of gathering sufficient evidence to lay charges or to gather sufficient evidence to establish a *prima facie* case" (at pp. 1411-12).

(b) Provincial Health Jurisdiction

The provinces have general legislative jurisdiction over hospitals by virtue of s. 92(7) of the *Constitution Act, 1867*, and over the medical profession and the practice of medicine by virtue of ss. 92(13) and (16). Section 92(16) also gives them general jurisdiction over health matters within the province: *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112, at p. 137. The *Schneider* case gives an indication of the watershed between valid health legislation and criminal law. In that case, British Columbia's *Heroin Treatment Act* was held to be *intra vires* because its object was not to punish narcotics addicts, but to treat their addiction and ensure their safety and security. Narcotic addiction

position correspondante du *Code criminel*. Le même mandat enjoint au commissaire de faire enquête et de constater des faits qui constitueraient en réalité, contre les personnes désignées, une preuve *prima facie* suffisante pour obtenir le renvoi de ces personnes à leur procès pour infraction à l'art. 121 du *Code*. Même si la province n'a peut-être pas visé ce résultat, l'enquête a pour conséquence ultime d'équivaloir à une enquête de police et à une enquête préliminaire

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

^g ^b *b) La compétence de la province en matière de santé*

Le paragraphe 92(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* accorde aux provinces la compétence législative générale sur les hôpitaux et les par. 92(13) et (16) leur attribuent la compétence sur la profession médicale et sur la pratique de la médecine. Le paragraphe 92(16) leur accorde aussi la compétence générale en matière de santé sur leur territoire: *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, à la p. 137. L'affaire *Schneider* donne une indication de la ligne de démarcation entre un texte législatif valide sur la santé et une loi en matière criminelle. Dans cette affaire, l'*Heroin Treatment Act* de la Colombie-Britannique a été jugée *intra vires* parce que son objet n'était pas de punir les

was targeted not as a public evil but as a "physiological condition necessitating both medical and social intervention" (at p. 138). Accordingly, if the central concern of the present legislation were medical treatment of unwanted pregnancies and the safety and security of the pregnant woman, not the restriction of abortion services with a view to safeguarding the public interest or interdicting a public harm, the legislation would arguably be valid health law enacted pursuant to the province's general health jurisdiction.

toxicomanes, mais de les traiter et de veiller à leur sécurité. La toxicomanie n'y était pas visée en tant que fléau social mais en tant qu'«état physiologique qui appelle une intervention à la fois médicale et sociale» (à la p. 138). Par conséquent, si la préoccupation centrale des textes législatifs en l'espèce était le traitement médical des grossesses non désirées et la sécurité des femmes enceintes, et non la limitation des services d'avortement destinée à protéger l'intérêt public ou à interdire un mal public, ou pourrait soutenir que les textes constituent une loi valide sur la santé, édictée conformément à la compétence générale de la province en matière de santé.

In addition, there is no dispute that the heads of s. 92 invoked by the appellant confer on the provinces jurisdiction over health care in the province generally, including matters of cost and efficiency, the nature of the health care delivery system, and privatization of the provision of medical services.

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

(c) *The Regulation of Abortion*

In the U.K. and Canada, the prohibition of abortion with penal consequences has long been considered a subject for the criminal law. As early as the mid-nineteenth century, with the adoption of legislation imitating *Lord Ellenborough's Act* (U.K.), 43 Geo. 3, c. 58, through the time of Confederation and up to the 1969 amendments to the *Criminal Code* which introduced the relieving portion of s. 251 (*Criminal Law Amendment Act, 1968-69*, S.C. 1968-69, c. 38, s. 18), the criminal law in Canada prohibited abortions with penal consequences; before the introduction of the relieving portion of s. 251 there was no such thing as a non-criminal abortion. As Dickson J. (as he then was) said in *Morgentaler* (1975), *supra*, at p. 672, "since Confederation, and indeed before, the law of Canada has regarded as criminal, interference with pregnancy, however early it may take place . . .".

c) *La réglementation de l'avortement*

Au Royaume-Uni et au Canada, l'interdiction de l'avortement assortie de conséquences pénales a longtemps été tenue pour une question de droit criminel. Dès le milieu du XIX^e siècle, avec l'adoption de la loi imitant la *Lord Ellenborough's Act* (R.-U.), 43 Geo. 3, ch. 58, jusqu'à l'époque de la Confédération et aux modifications apportées en 1969 au *Code criminel*, introduisant la disposition d'exemption de l'art. 251 (*Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, S.C. 1968-69, ch. 38, art. 18), le droit criminel canadien a comporté une interdiction de l'avortement assortie de conséquences pénales; avant l'introduction de la disposition d'exemption de l'art. 251, l'avortement non criminel n'existe pas. Comme le dit le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Morgentaler* (1975), précité, à la p. 672: «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 . . .»

Section 251 of the *Criminal Code* was a valid exercise of the criminal law power. Why? In *Morgentaler* (1975), *supra*, Dr. Morgentaler

L'article 251 du *Code criminel* représentait un exercice valide du pouvoir de légiférer en matière criminelle. Pourquoi? Dans l'arrêt *Morgentaler*

argued that s. 251 was an encroachment on provincial legislative power in relation to hospitals and the regulation of the profession of medicine and the practice of medicine, but this argument was dismissed unanimously from the bench without hearing from the Crown. Laskin C.J., who dissented as to the result, was the only judge who gave reasons for the Court's rejection of the argument that s. 251 was legislation for the protection of a pregnant woman's health (at p. 626):

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.

He held, on the contrary, at p. 627, that s. 251 was well within Rand J.'s tests for criminal law in the *Margarine Reference*, *supra*, because:

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.

The presence of the dispensing provisions in s. 251 was explained on the basis that "Parliament may determine what is not criminal as well as what is, and may hence introduce dispensations or exemptions in its criminal legislation" (at p. 627). Finally, in so far as s. 251 had "any relationship to the establishment of hospitals or the regulation of the medical profession or the practice thereof," Laskin C.J. held this relationship to be "so incidental as to be little short of ephemeral" (at p. 628).

In *Morgentaler* (1988), *supra*, this Court unanimously reaffirmed the holding that s. 251 was valid criminal law for purposes of the distribution of powers. Beetz J. (with whom Estey J. concurred), at pp. 82 and 122-23, and Wilson J., at p. 181, held that while s. 251 had as an ancillary objective the protection of the life or health of pregnant women, its principal objective was the

(1975), précité, le Dr Morgentaler a soutenu que cet article portait atteinte au pouvoir législatif des provinces relativement aux hôpitaux et à la réglementation de la profession et de la pratique médicales, mais notre Cour a rejeté cet argument à l'unanimité à l'audience sans entendre les plaidoiries du ministère public. Le juge en chef Laskin, dissident quant au résultat, a été le seul juge à donner des motifs pour le rejet par la Cour de l'argument voulant que l'art. 251 visait la protection de la santé de la femme enceinte (à la p. 626):

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.

Il a conclu, au contraire, à la p. 627, que l'art. 251 répondait très bien aux critères énoncés par le juge Rand au regard du droit criminel dans le *Renvoi sur la margarine*, précité, pour la raison suivante:

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.

Il explique la présence des dispositions d'exemption à l'art. 251 par le principe 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» (à la p. 627). Pour terminer, le juge en chef Laskin conclut 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» (à la p. 628).

Dans l'arrêt *Morgentaler* (1988), précité, notre Cour a réitéré à l'unanimité sa conclusion que l'art. 251 était une loi valide en matière criminelle aux fins du partage des pouvoirs. Le juge Beetz (avec l'appui du juge Estey), aux pp. 82, 122 et 123, et le juge Wilson, à la p. 181, ont conclu que, si l'art. 251 avait pour objectif secondaire la protection de la vie et de la santé de la femme

protection of the state interest in the foetus. (I would note that although in this case the objective of the legislation was also discussed in the context of the *Charter*, a statute's "objective" for *Charter* purposes necessarily reflects its "purpose" for distribution of powers purposes: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at pp. 353, 361-62.) Beetz J. held, at pp. 128-29, that this made it a valid exercise of the criminal law power. On the other hand, Dickson C.J. (Lamer J., as he then was, concurring), at p. 75, and McIntyre J. (dissenting, La Forest J. concurring), at pp. 135 and 156, held that the objective of the section was to balance the interests of the foetus and the pregnant woman. McIntyre J. held, at p. 156, that this objective made the section a valid exercise of the criminal law power. Dickson C.J. and Wilson J. did not give reasons for finding the section *intra vires*.

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

The two *Morgentaler* decisions focus attention on the purpose or concern of abortion legislation to determine if it is truly criminal law: Is the performance or procurement of abortion prohibited as socially undesirable conduct? Is protecting the state interest in the foetus or balancing the interests of the foetus against those of women seeking abortions a primary objective of the legislation? Is the protection of the woman's health only an ancillary concern? And are other provincial concerns such as the establishment of hospitals or the regulation of the medical profession or the practice thereof merely incidental?

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

It is not necessary for the purposes of this appeal to attempt to delineate the scope of provincial jurisdiction to regulate the performance of abortions. Suffice it to say that any provincial jurisdiction to regulate the delivery of abortion services must be solidly anchored in one of the provincial heads of power which give the provinces jurisdiction to legislate in relation to such matters as

Il n'est pas nécessaire pour les besoins du présent pourvoir de tenter de circonscrire la portée de la compétence provinciale quant à la réglementation de l'avortement. Qu'il suffise de dire que toute compétence provinciale au chapitre de la réglementation des services d'avortement doit être ancrée dans l'un des chefs de compétence attribuant aux provinces l'autorité législative relative-

health, hospitals, the practice of medicine and health care policy.

C. Application of the Principles to the Case at Bar

An examination of the terms and legal effect of the *Medical Services Act* and the *Medical Services Designation Regulation*, their history and purpose and the circumstances surrounding their enactment leads to the conclusion that the legislation's central purpose and dominant characteristic is the restriction of abortion as a socially undesirable practice which should be suppressed or punished. Although the evidence of the legislation's practical effect is equivocal, it is not necessary to establish that its immediate or future practical impact will actually be to restrict access to abortions in order to sustain this conclusion.

(1) Legal Effect: the Four Corners of the Legislation

Starting with the terms of the legislation, the *Medical Services Act* makes it an offence subject to significant fines (s. 6) to perform abortions or other services designated by the *Medical Services Designation Regulation* outside a hospital approved as such under the *Hospitals Act* (s. 4). It is impossible to tell from the legislation itself whether this amounts to a total prohibition of abortion (which all parties concede would be *ultra vires* the province), since extrinsic evidence is necessary to establish that abortions are available in Nova Scotia hospitals. The Act also denies public health insurance coverage for the performer and recipient of such services (s. 5), and provides for injunctive relief against violations of its terms (s. 7). It is entitled "An Act to Restrict the Privatization of Medical Services", and its purpose is expressed to be the prohibition of the privatization of certain medical services in order to maintain a single high-quality health care delivery system in the province (s. 2). The allegation of *ultra vires* and the decisions in the courts below focused on the offence provisions of the legislation. No argument was directed toward the "de-insurance" section in this Court (s. 5). Although the "de-insurance" and

ment aux matières telles que la santé, les hôpitaux, la pratique de la médecine et la politique de la santé.

C. L'application des principes à l'espèce

L'examen des termes et de l'effet juridique de la *Medical Services Act* et du *Medical Services Designation Regulation*, de leur historique, de leur objet et des circonstances de l'adoption de la Loi et de la prise du règlement m'amène à conclure que l'objet central et la caractéristique dominante des textes législatifs sont la limitation de l'avortement en tant qu'acte socialement indésirable qu'il convient de supprimer ou de punir. Certes, la preuve de l'effet pratique des textes législatifs est équivoque, mais il n'est pas nécessaire, pour étayer cette conclusion, d'établir que son impact pratique, immédiat ou futur, sera réellement de limiter les avortements.

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

Voyons d'abord la teneur des textes législatifs. Aux termes de la *Medical Services Act*, constitue une infraction qui rend possible d'une forte amende (art. 6) le fait de pratiquer un avortement ou de fournir d'autres services désignés dans le *Medical Services Designation Regulation* ailleurs que dans un hôpital approuvé en conformité avec la *Hospitals Act* (art. 4). À la lecture des textes, il est impossible de dire si cela représente l'interdiction totale de l'avortement (ce qui excéderait la compétence de la province, de l'aveu de toutes les parties), car il faut recourir à la preuve extrinsèque pour établir si l'on pratique des avortements dans les hôpitaux de la Nouvelle-Écosse. La Loi prive du droit à l'assurance-maladie les personnes qui fournissent des services de cette nature et celles à qui ils sont fournis (art. 5), et elle dispose qu'en cas de contravention à ses dispositions, une injonction peut être décernée (art. 7). Elle s'intitule [TRA-DUCTION] «Loi tendant à limiter la privatisation des services médicaux» et son objet expressément énoncé est d'interdire la privatisation de certains services médicaux dans le but de maintenir un seul système de santé de qualité supérieure dans la province (art. 2). L'allégation selon laquelle elle est

injunction provisions clearly enhance the practical clout of the prohibition, they do not require independent consideration in the context of this case. It is sufficient for the purposes of characterizing this legislation to concentrate on the prohibition of the performance of a designated service outside a hospital. It is apparent from the combined effect of the offence and the regulation that one purpose of the legislation is to prohibit the establishment of free-standing abortion clinics.

The majority in the Court of Appeal conceded that the province had the legislative authority to pass a law in the present form. I acknowledge that the legislation has the legal effect of preventing privatization by prohibiting the private (i.e., outside a hospital) provision of the designated services. But the legislation expressly prohibits the performance of abortions in certain circumstances with penal consequences, a subject, as I have said, traditionally regarded as part of the criminal law. In *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226, a majority of this Court held provincial legislation creating an offence of arbitrary arrest or detention and a right to relief in the form of *habeas corpus* to be suspect on its face since arbitrary arrest or detention and the availability of *habeas corpus* in such circumstances have been dealt with by Parliament in the criminal law "almost since the advent of Confederation" (at p. 240). Likewise, one of the reasons behind this Court's invalidation of a municipal by-law prohibiting street prostitution in *Westendorp v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 43, was that conduct relating to prostitution has long been regarded as criminal. The present legislation, prohibiting traditionally criminal conduct, is therefore of questionable validity on its face: cf. *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing*

ultra vires, ainsi que les décisions des tribunaux d'instance inférieure, ont mis l'accent sur les dispositions prévoyant les infractions. Devant notre Cour, on n'a fait valoir aucun argument relatif à l'article prévoyant que les services ne seraient plus assurés (art. 5). Bien que les dispositions concernant l'exclusion de l'assurance et l'injonction augmentent nettement la rigueur de l'interdiction dans la pratique, elles n'exigent pas d'examen séparé en l'espèce. Il suffit, pour la qualification de ces textes législatifs, de s'en tenir à l'interdiction de la fourniture d'un service désigné ailleurs que dans un hôpital. Il ressort à l'évidence de l'effet cumulatif de l'infraction et du règlement que les textes législatifs avaient pour seul objet d'interdire l'implantation de cliniques d'avortement autonomes.

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

Board), [1987] 2 S.C.R. 59, at p. 80, *per* Estey J. (concurring in the result).

This conclusion makes it unnecessary to invoke the “colourability doctrine”, but since it figured prominently in the courts below and in argument before us, I will address it briefly. The respondent attacks the legislation on the basis that it is colourable criminal law. The “colourability doctrine” in the distribution of powers is invoked when a law looks as though it deals with a matter within jurisdiction, but in essence is addressed to a matter outside jurisdiction: *Starr v. Houlden*, *supra*, at p. 1403; *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, *supra*, at p. 332; *Ladore v. Bennett*, [1939] A.C. 468 (P.C.), at p. 482. There is no need to invoke the doctrine in this case because while the Act states in its title and s. 2 that its aim is to prohibit the privatization of medical services, there are doubts about the legislation’s *vires* on its face due to the fact that it appears to occupy ground historically occupied by the criminal law. Moreover the ordinary approach to pith and substance entitles the Court to look beyond the terms of the legislation. As Rand J. declared in the *Margarine Reference*, *supra*, at p. 48, a statement of purpose is at most “a fact to be taken into account, the weight to be given to it depending on all the circumstances”.

In any event, the colourability doctrine really just restates the basic rule, applicable in this case as much as any other, that form alone is not controlling in the determination of constitutional character, and that the court will examine the substance of the legislation to determine what the legislature is really doing:

[t]he legislative bodies cannot, by statutory recitals, settle the classification of their own statutes for purposes of the distribution of powers . . . Selection of the aspect that matters is the exclusive prerogative of the court, and the so-called doctrine of colourability is simply an instance of this rule . . .

[1987] 2 R.C.S. 59, à la p. 80, le juge Estey (souscrivant au résultat).

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

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

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

See W. R. Lederman, "The Balanced Interpretation of the Federal Distribution of Legislative Powers in Canada" (1965), reprinted in Lederman, *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas* (1981), 266, at p. 282; see also A. S. Abel, "The Neglected Logic of 91 and 92" (1969), 19 *U.T.L.J.* 487, at p. 494; *Attorney-General for Ontario v. Reciprocal Insurers*, [1924] A.C. 328 (P.C.), at p. 337; and *Central Canada Potash Co. v. Saskatchewan*, [1979] 1 S.C.R. 42, at p. 76. Under either the basic approach to pith and substance or the "colourability doctrine", therefore, we need to look beyond the four corners of the legislation to see what it is really about. As stated by Laskin C.J. in *Potash, supra*, at p. 76, "[i]t is nothing new for this Court, or indeed, for any Court in this country seized of a constitutional issue, to go behind the words used by a Legislature and to see what it is that it is doing".

(2) Beyond the Four Corners

(a) *Duplication of Criminal Code Provisions*

Once the legal effect of legislation is ascertained, it can be compared with that of any relevant legislation passed by the other level of government. The majority of the Court of Appeal found that the present legislation effectively duplicated s. 251 (now s. 287) of the *Criminal Code*. Freeman J.A. held, at pp. 367 and 371-72, that:

Using s. 251 as a starting point, even a cursory examination discloses that the *Medical Services Act* has an impact and effect on abortions in private clinics virtually indistinguishable from that of s. 251.

If a distinction exists, it is a philosophical one too subtle to alter the outcome. Under either piece of legislation, a doctor who performed an abortion in a private clinic might find a policeman in the waiting room. He or she could be convicted on precisely the same evidence under either enactment.

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

(2) Au-delà de la teneur

a) *Chevauchement avec des dispositions du Code criminel*

Une fois déterminé l'effet juridique des textes législatifs, on peut le comparer à celui de tout texte pertinent adopté par l'autre palier de gouvernement. La Cour d'appel à la majorité a jugé que les textes législatifs en l'espèce reprenaient effectivement les termes de l'art. 251 (maintenant l'art. 287) du *Code criminel*. Le juge Freeman a conclu aux pp. 367, 371 et 372:

[TRADUCTION] Si l'on prend l'art. 251 comme point de départ, même un examen superficiel nous révèle que la *Medical Services Act* a un impact sur les avortements dans les cliniques privées qui est presque identique à celui de l'art. 251.

S'il y a une différence, c'est une distinction philosophique trop subtile pour modifier le résultat. Sous le régime de l'une et l'autre loi, le médecin qui pratiquerait un avortement dans une clinique privée pourrait se trouver face à un policier dans la salle d'attente. Il pourrait être déclaré coupable en fonction de la même preuve sous les deux régimes.

Provincial legislation has been held invalid when it employs language "virtually indistinguishable" from that found in the *Criminal Code*: *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662, at p. 699; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, *supra*, at pp. 70-71 and 80; and *Starr v. Houlden*, *supra*, at pp. 1402 and 1405-6. However, even when the legal effect of federal and provincial legislation is virtually identical this does not necessarily determine validity, since the provinces can enact provisions with the same legal effect as federal legislation provided this is done in pursuit of a provincial head of power: *O'Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804; *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776; *Stephens v. The Queen*, [1960] S.C.R. 823; *R. v. Chiasson* (1982), 39 N.B.R. (2d) 631 (C.A.), at p. 636, aff'd [1984] 1 S.C.R. 266. The duplication of *Criminal Code* language may raise an inference that the province has stepped into the realm of the criminal law; the more exact the reproduction, the stronger the inference that this is the dominant purpose of the enactment.

The guiding principle is that the provinces may not invade the criminal field by attempting to stiffen, supplement or replace the criminal law (*Reference re Freedom of Informed Choice (Abortions) Act* (1985), 44 Sask. R. 104 (C.A.)) or to fill perceived defects or gaps therein (*Scowby v. Glendinning*, *supra*, at p. 238). The legal effect of s. 251 and the present legislation, each taken as a whole, is quite different: among other things, s. 251 made it an offence for a woman to obtain an abortion, and prescribed the burdensome "therapeutic abortion committee" system and the "life or health" criterion for a legal abortion, none of which are present in the Act and regulation; and the present legislation prohibits other services besides abortion and directly concerns public health insurance coverage. Freeman J.A. was clearly right, however, that in so far as it prohibits abortion clinics the legal effect of the medical services legislation is completely embraced by s. 251 and, had the latter provision not been struck down, the present legislation would have been redundant in that respect. Section 251 is now, of course,

^a b ^c d ^e f ^g h ⁱ j

Des lois provinciales ont été déclarées invalides parce qu'elles contenaient des termes «presque identiques» à ceux employés dans le *Code criminel*: *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662, à la p. 699; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, précité, aux pp. 70, 71 et 80; *Starr c. Houlden*, précité, aux pp. 1402, 1405 et 1406. Toutefois, même si l'effet juridique des textes provinciaux et fédéraux sont presque identiques, cela ne détermine pas nécessairement la validité, car les provinces peuvent édicter des dispositions ayant le même effet juridique que celui d'un texte fédéral à la condition que ce soit dans l'exercice d'un chef de compétence provincial: *O'Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804; *Smith c. The Queen*, [1960] R.C.S. 776; *Stephens c. The Queen*, [1960] R.C.S. 823; *R. c. Chiasson* (1982), 39 N.B.R. (2d) 631 (C.A.), à la p. 636; conf. par [1984] 1 R.C.S. 266. On peut inférer de la similitude avec les termes du *Code criminel* que la province a empiété sur le domaine du droit criminel; plus la reproduction est exacte, plus on doit en conclure que c'est là l'objet principal de la loi.

Le principe directeur veut que les provinces ne puissent s'ingérer dans les sphères criminelles en essayant de renforcer, de compléter ou de remplacer le droit criminel (*Reference re Freedom of Informed Choice (Abortions) Act* (1985), 44 Sask. R. 104 (C.A.)) ou de remédier à ce qu'elles considèrent comme des défauts ou des failles (*Scowby c. Glendinning*, précité, à la p. 238). L'effet juridique de l'art. 251 et celui des textes législatifs en l'espèce, pris dans chaque cas dans leur ensemble, est tout à fait distinct: entre autres, l'art. 251 criminalisait le fait pour une femme d'obtenir un avortement et instaurait le système lourd du «comité de l'avortement thérapeutique», ainsi que le critère de «la vie ou de la santé» selon lequel l'avortement pouvait être tenu pour légal, tous des éléments absents dans la Loi et le règlement; de plus, les textes législatifs en l'espèce interdisent d'autres services outre l'avortement et ils concernent directement le régime public d'assurance-maladie. Toutefois, le juge Freeman avait manifestement raison de dire que, dans la mesure où les textes sur les services médicaux interdisent les cliniques d'avor-

inoperative. The absence of operative federal legislation does not enlarge provincial jurisdiction, though. It simply means that if the provincial legislation is found to be *intra vires*, no problem of paramountcy arises.

tement, leur effet juridique est entièrement englobé par l'art. 251 et, si celui-ci n'avait pas été invalidé, les textes législatifs en l'espèce auraient été redondants à cet égard. L'article 251 est maintenant inopérant, bien sûr. L'absence de loi fédérale opérante n'élargit cependant pas la compétence provinciale. Elle signifie simplement que, si les textes provinciaux sont jugés *intra vires*, aucun problème de prépondérance ne se pose.

In my opinion the overlap of legal effects between the now defunct criminal provision and the Nova Scotia legislation is capable of supporting an inference that the legislation was designed to serve a criminal law purpose. It is a piece in the puzzle which along with the other evidence may demonstrate the true purpose of the legislation.

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

(b) Background and Surrounding Circumstances

The events leading up to and including the enactment of the Act and regulation do not support the appellant's assertions that the pith and substance of the legislation relate to provincial jurisdiction over health. On the contrary, they strengthen the inference that the impugned Act and regulation were designed to serve a criminal law purpose.

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

(i) The Course of Events

It is clear that the catalyst for government action was the rumour and later announcement of Dr. Morgentaler's intention to open his clinic. The Crown concedes this. The respondent was clearly, as the trial judge concluded, a "mischief" against which the legislation was directed. The government knew of Dr. Morgentaler's intention to open a clinic by some time in January 1989. It responded with the March regulations, which prohibited abortions outside hospitals and "de-insured" such services. The direct and exclusive aim of this action was to stop the Morgentaler clinic and no one disputes that. The Minister of

(i) Le déroulement des faits

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

Health made this clear upon announcing the regulations:

... Cabinet has today approved two new regulations relating to the provision of abortion services.

As all members know, it is not the policy of this government to endorse or support in any way the provision of these services through free-standing clinics or other facilities which do not fall within the category of an approved hospital.

(Nova Scotia, House of Assembly, *Debates and Proceedings* (March 16, 1989), at p. 1008.)

The March regulations singled out abortion, and the Morgentaler clinic in particular.

In May 1989, the March regulations were challenged in court by CARAL on the ground that they were unconstitutional: see *Canadian Abortion Rights Action League Inc. v. Nova Scotia (Attorney General)*, *supra*. Shortly before the date when that action was first to come on for hearing (June 22, 1989), and days before the close of the legislative session, the government introduced and rushed the Act through the House of Assembly. It was introduced on June 6 and received third and final reading and royal assent on June 15. The legislation was enacted in what can only be considered great haste. The Act, considered along with the services that were proposed to be designated, accomplished all the purposes of the March regulations. Yet instead of singling out abortion, it took the form of a general "floating" prohibition of the performance of medical services other than in a hospital, which would crystallize upon the designation of several services among which abortion was to be found. On July 20, 1989, the Executive Council made the *Medical Services Designation Regulation* and simultaneously revoked the March Regulations. I am in complete agreement with Freeman J.A.'s characterization of the course of events, at pp. 376-77, which I reproduce again here for convenience:

2. The "March regulations" were obviously aimed at Morgentaler clinics. Hon. David Nantes, Health Minister, made that clear when he announced them to the leg-

Le ministre de la Santé l'a bien précisé en annonçant les règlements:

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

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

(Nova Scotia, House of Assembly, *Debates and Proceedings* (16 mars 1989), à la p. 1008.)

Les règlements de mars étaient dirigés contre l'avortement et surtout contre la clinique du Dr Morgentaler.

^a En mai 1989, l'ACDA a contesté devant les tribunaux la constitutionnalité des règlements de mars: voir *Canadian Abortion Rights Action League Inc. c. Nova Scotia (Attorney General)*, précité. Peu de temps avant la date où l'affaire devait être entendue (le 22 juin 1989) et quelques jours avant la clôture de la session parlementaire, le gouvernement a déposé le projet de loi et l'a fait adopter à toute vapeur. Il a été présenté le 6 juin et a reçu la troisième et dernière lecture et la sanction royale le 15 juin. La Loi a été édictée en grande hâte, chacun le reconnaîtra. Si l'on tient compte aussi des services devant être désignés, elle a permis d'atteindre tous les objectifs des règlements de mars. Et pourtant, au lieu de viser expressément l'avortement, elle a pris la forme d'une interdiction générale, «flottante», de la fourniture de services médicaux ailleurs que dans un hôpital, interdiction qui serait concrétisée au moment où seraient désignés certains services, dont l'avortement. Le 20 juillet 1989, le conseil exécutif a pris le *Medical Services Designation Regulation* et a révoqué en même temps les règlements de mars. Je suis tout à fait d'accord avec la description du déroulement des faits que donne le juge Freeman aux pp. 376 et 377 et je la reprends ici par souci de commodité:

^j 2. Les «règlements de mars» visaient manifestement les cliniques Morgentaler. Monsieur David Nantes, ministre de la Santé, l'a bien souligné quand il en a fait part à

islature . . . The *Medical Services Act* was presented to the legislature following a court challenge to the March regulations. It was introduced on June 6, 1989, and passed, with the appearance of last-minute haste, the day the House closed on June 15, 1989. The March regulations were encompassed by the *Medical Services Act* and its regulation. They were revoked, no longer necessary, on July 20, 1989, the day the regulation was passed under the *Medical Services Act*.

a l'assemblée législative [. . .] La *Medical Services Act* a été présentée à l'assemblée après que les règlements de mars eurent été attaqués en justice. Elle a été présentée le 6 juin 1989 et votée, à la hâte, semble-t-il, le jour de la clôture de la session le 15 juin 1989. Les règlements de mars étaient englobés dans la *Medical Services Act* et dans son règlement d'application. N'étant plus nécessaires, ils ont été abrogés le 20 juillet 1989, jour où a été pris le règlement en application de la *Medical Services Act*.

b Neither the timing nor the overlap of subject matter can be viewed as coincidental. It is reasonable to infer, as did the trial judge, that the government believed that the new legislation would accomplish the purpose of the March regulations, and intended it to do so. The March regulations were the first response to Dr. Morgentaler's announcement, and the subsequent legislation was the continuation and consolidation of that response. Together they constituted a hastily devised plan aimed directly at ridding the province of Dr. Morgentaler and his proposed clinic. The course of events suggests that this purpose was the principal purpose of the legislation and contributes to the impression that privatization and quality assurance were only incidental concerns at best.

c Ni le moment choisi ni le chevauchement des sujets ne sauraient être tenus pour fortuits. Il est raisonnable d'inférer, comme l'a fait le juge du procès, que le gouvernement croyait que les nouveaux textes législatifs permettraient d'atteindre l'objectif visé par les règlements de mars et que là était son intention. Les règlements de mars constituaient la première réponse à l'annonce faite par le Dr Morgentaler, et les textes législatifs ultérieurs ont été la suite et le renforcement de cette réponse. Ils formaient ensemble un plan dressé à la hâte et conçu expressément pour débarrasser la province du Dr Morgentaler et de son projet de clinique. La suite des faits semble indiquer que cet objectif était l'objet principal des textes législatifs et confirme l'impression que la privatisation et l'assurance de la qualité n'étaient tout au plus que des objets

d secondaires.

(ii) Hansard

I have reviewed the evidence of the legislative debates on the *Medical Services Act*, and have concluded that they give a clear picture of what the members of the House, both government and opposition, saw as being in issue. Both the trial judge and Freeman J.A. referred extensively to excerpts from Hansard. The following passage from the trial judge's reasons, at pp. 300-301, fairly captures the flavour of the proceedings:

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

During the debate at the time of second reading on June 12, 1989, the Opposition Health Critic, Sandra Jolly, says at page 4678:

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

j « . . . It is a dilemma that is both complex and emotional and the Liberal caucus of Nova Scotia agrees with the Minister of Health and Fitness that the

« . . . C'est un dilemme qui est à la fois complexe et chargé d'émotion, et le groupe parlementaire libéral de la Nouvelle-Écosse convient avec le ministre de la

Morgentaler clinic should not be set up in this province. I want to make that point very clear. (Applause)

"The Liberal caucus is of the opinion that it is unnecessary for the clinic to come to Nova Scotia, so in that part of the bill, we do agree with the current government. We are in agreement and we have stated that right from the very beginning, that we do not feel that the clinic is required here. What concerns me is that the government has very hurriedly put together this legislation, and what they are doing is not only trying to work at keeping the Morgentaler clinic out, but we really do see it as a regression or a step backwards in regard to medical services for the people of Nova Scotia."

The Opposition critic went on at length expressing concerns about the broad implications of the Bill.

When the Minister of Health had a chance to respond, he states: (at page 4716):

"I heard the most weak-kneed, weak-hearted support for the question of the control of free-standing abortion clinics that I heard yet in this entire session of the Legislature. It was always the Liberal caucus that has this position, we have this position. Well, I am going to make mine personal and say I, as the Minister of Health and I, as an MLA, am not supportive of free-standing abortion clinics." (Applause)

On June 5, 1989, the day before the proposed Act was introduced in First Reading, the Minister of Health and Fitness, in discussions concerning the budget estimates for the Department of Health said at p. 785:

"... we have adopted a policy as government that we are not going to be supportive [of free-standing abortion clinics] and we will do everything in our effort to stop them. That is what we have said and that is what we are doing, if we need more steps, if we have to take more steps, we are going to take them. I am going to be carrying out that policy at the direction of my government and I am going to be supportive of that policy."

Freeman J.A. made reference, among others, to the following excerpts, at pp. 375-76:

Paul MacEwan, member for Cape Breton Nova, said:

Santé et de la Condition physique que la clinique du Dr Morgentaler ne doit pas être implantée dans cette province. Je tiens à le préciser.» (Applaudissements)

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

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

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

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

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

«... suivant la position qu'a prise notre gouvernement, nous sommes contre [les cliniques d'avortement autonomes] et nous ferons tout notre possible pour en empêcher l'établissement. C'est ce que nous avons dit et c'est ce que nous faisons; s'il faut, si nous devons prendre d'autres mesures, nous les prendrons. Je vais donner suite à cette position selon les directives de mon gouvernement et je vais appuyer cette position.»

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

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

"So certainly, you know, if this government wants to pose as being the great champion of those that want to keep Mr. Morgentaler out of Nova Scotia, let it be noted that it was the very last thing that they thought of before they adjourned the House for the year *a*

"Now we are led to believe that this is a bill that is not really just to restrict the privatization of medical services, whatever that is, but it is a bill to make it impossible or to make it unlikely I suppose that the abortion clinic that Morgentaler wants to establish can be set up *b*

Following the remarks by members of opposition parties Mr. Nantes spoke again: *c*

"I do not think you can play both sides of this issue. You cannot criticize the health care system and say, we do it all wrong and talk about clinics and all that sort of thing without coming out on this particular element. Do you support or do you not support a free-standing abortion clinic? I want you to know that not only can I speak personally, but also, I think we represent the consensus and overwhelming view of this side of the legislature. (Applause) *d*

"I think I am even prepared to go a little further and say that I do think it represents the majority view of quite a number of members on the other side of the house, also." (Applause) *e*

The Hansard evidence demonstrates both that the prohibition of Dr. Morgentaler's clinic was the central concern of the members of the legislature who spoke, and that there was a common and emphatically expressed opposition to free-standing abortion clinics *per se*. The Morgentaler clinic was viewed, it appears, as a public evil which should be eliminated. The concerns to which the appellant submits the legislation is primarily directed — privatization, cost and quality of health care, and a policy of preventing a two-tier system of access to medical services — were conspicuously absent throughout most of the legislative proceedings. They were emphasized by the Minister, Mr. Nantes, on moving second reading of the bill on June 12, 1989. This does not, however, in my view, detract significantly from the overall impression left by the debates. *f*

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

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

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

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

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

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

Of course, one must be mindful of the limited use to which such evidence can be put, as I discussed earlier. To quote Kennedy Prov. Ct. J., at first instance, at p. 301:

I recognize that it would be folly for a court to conclude that everything that is said in a political forum has meaning in relation to the characterization of the legislation produced by that body.

Nonetheless, I see no reason to interfere with Freeman J.A.'s assessment of the tone of the proceedings, at p. 367:

One need not look beyond the pages of Hansard . . . to realize the sense of moral outrage of representatives in the House of Assembly engendered by the prospect of Morgentaler clinics in Nova Scotia. Moral considerations attach not only to the performance of abortions, but to where they are performed and under what circumstances.

The appellant argues that even if the object of the legislation was to suppress free-standing abortion clinics on grounds of public morals, this is not fatal to provincial jurisdiction. Although there has been some recognition of a provincial "morality" power, it is clear that the exercise of such a power must be firmly anchored in an independent provincial head of power: *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick*, *supra*, at pp. 71-80; *Attorney General for Canada and Dupond v. City of Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770; R. Pepin, "Le pouvoir des provinces canadiennes de légiférer sur la moralité publique" (1988), 19 R.G.D. 865; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, at p. 364.

While legislation which authorizes the establishment and enforcement of a local standard of morality does not *ipso facto* "invade the field of criminal law" (see *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, *supra*, at pp. 691-92), it cannot be denied that interdiction of conduct in the interest of public morals was and remains one of the classic ends of the criminal law, as established in the

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

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

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

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

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

Bien qu'une loi permettant d'établir et d'appliquer des normes locales de moralité ne soit pas nécessairement «un empiétement dans le domaine du droit criminel» (voir l'arrêt *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, précité, aux pp. 691 et 692), on ne peut pas nier que l'interdiction d'un acte dans l'intérêt de la morale publique était et reste l'une des fins classiques du droit criminel, comme

Margarine Reference, *supra*, at p. 50: see *Westendorp v. The Queen*, *supra*, and *Johnson v. Attorney General of Alberta*, [1954] S.C.R. 127, at pp. 148-49.

As Wilson J. recognized in *Morgentaler* (1988), *supra*, at p. 171, a woman's decision to have an abortion is "profound[ly] social and ethical;" indeed it is "essentially a moral decision" (cf. M. L. McConnell, "Even by Commonsense Morality": *Morgentaler, Borowski and the Constitution of Canada*" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 765, at p. 766) and it seems clear to me that the present legislation, whose primary purpose is to prohibit abortions except in certain circumstances, treats of a moral issue.

In view of the foregoing, there is a strong inference that the purpose of the legislation and its true nature relate to a matter within the federal head of power in respect of criminal law. In order to determine whether this is its dominant purpose or characteristic, it is necessary to compare the above indicia of federal subject matter with indications of provincial objectives.

(iii) Searching for Provincial Objectives

At trial the appellant presented evidence that the Act's objectives were to prevent privatization and the consequent development of a two-tier system of medical service delivery, to ensure the delivery of high-quality health care, and to rationalize the delivery of medical services so as to avoid duplication and reduce public costs. The principal Crown witness on these points, John Malcom, the Health Department Administrator, testified that Nova Scotia's health care system evolved around the public hospital and that there have never been private, "for-profit" medical clinics in the province. He said that Nova Scotia has a policy of equal access to health care services, and that duplication of health care services creates a two-tier system. Moreover, his evidence was that rationalization of

l'a établi le *Renvoi sur la margarine*, précité, à la p. 50: voir *Westendorp c. La Reine*, précité, et *Johnson c. Attorney General of Alberta*, [1954] R.C.S. 127, aux pp. 148 et 149.

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

Vu ce qui précède, il y a de fortes raisons d'inférer que l'objet des textes et leur nature véritable concernent une matière relevant de la compétence fédérale en matière de droit criminel. Pour déterminer si c'est là son objet ou sa caractéristique prédominants, il est nécessaire de comparer les indices mentionnés ci-dessus qui permettent de conclure à une matière ressortissant au pouvoir fédéral et les signes révélateurs d'objectifs relevant de la compétence des provinces.

(iii) L'identification des objectifs de la province

Au procès, l'appelante a produit des éléments de preuve tendant à établir que les objectifs de la Loi étaient d'empêcher la privatisation et l'instauration d'un système de santé à deux niveaux qui en résulterait, d'assurer le maintien d'un système de santé de qualité supérieure, et de rationaliser la prestation des services médicaux de façon à éviter qu'ils ne fassent double emploi et à réduire les dépenses publiques. John Malcom, administrateur du ministère de la Santé et principal témoin cité par le ministère public sur ces points, a témoigné que le développement du système de santé de la Nouvelle-Écosse avait été axé exclusivement sur les hôpitaux publics et qu'il n'y avait jamais eu de cliniques privées, «à but lucratif», dans la province. Il a dit que la Nouvelle-Écosse avait une politique

health care services was the most cost-effective approach.

It may be that this evidence represented the policy of the government of Nova Scotia at one time. The respondent correctly pointed out, however, that this evidence was not established at trial to have been the basis for the impugned legislation. Indeed, Kennedy Prov. Ct. J. considered the evidence and found that any privatization concerns were "incidental to the paramount purpose of the legislation" (at p. 302). I see no good reason to question this finding.

First, as to the health and safety of women and the argument that the in-hospital requirement was enacted because of a concern over quality assurance, there is no evidence in the record to indicate that abortions performed in clinics like Dr. Morgentaler's pose any danger to the health of women. Counsel conceded that the quality of medical service in free-standing abortion clinics is comparable to that available in hospitals. I also note that in *Morgentaler* (1988), *supra*, Beetz J. held that studies, experience and expert evidence established that abortions can safely be performed in clinics and that the in-hospital requirement was no longer justified from a medical point of view. Since the appellant agrees that the quality of medical service in clinics is comparable to that in hospitals, the argument that the legislation was directed at quality assurance and women's health and safety is deprived of any force.

Second, the government did not express concerns about privatization in relation to this legislation or the March regulations until the Act was moved for second reading. Again, I would adopt

d'égalité d'accès aux soins de santé et que des services qui font double emploi aboutissent à un système de santé à deux niveaux. De plus, il a témoigné que la rationalisation des services de santé était le procédé le plus économique.

Il se peut que cette preuve témoigne de la position du gouvernement de la Nouvelle-Écosse à une époque donnée. L'intimé a cependant souligné avec raison que l'on n'avait pas établi au procès que cette position ait été le fondement des textes législatifs attaqués. En fait, le juge Kennedy de la Cour provinciale a étudié la preuve et conclu que les préoccupations relatives à la privatisation étaient [TRADUCTION] «accessoires à l'objectif primordial des textes législatifs» (à la p. 302). Je ne vois aucune bonne raison de mettre en doute cette conclusion.

Premièrement, en ce qui a trait à la santé et à la sécurité des femmes et à l'argument que l'obligation de pratiquer les avortements dans un hôpital a été insérée pour des raisons tenant à l'assurance de la qualité, aucun élément de preuve versé au dossier n'indique que les avortements pratiqués dans des cliniques comme celle du Dr Morgentaler mettent en danger la santé des femmes. L'avocat a concedé que la qualité des services médicaux dans les cliniques d'avortement autonomes était comparable à celle observée dans les hôpitaux. Je note en outre que dans l'arrêt *Morgentaler* (1988), précité, le juge Beetz a conclu que des études, l'expérience et les dépositions d'experts avaient établi que les avortements peuvent être pratiqués sans danger dans des cliniques et que l'obligation de les pratiquer dans un hôpital n'était plus justifiée du point de vue médical. Comme l'appelante convient que la qualité des services médicaux dans les cliniques est comparable à celle qui existe dans les hôpitaux, l'argument que les textes législatifs visaient l'assurance de la qualité et la santé et la sécurité des femmes perd toute sa force.

Deuxièmement, ce n'est qu'à l'étape de la deuxième lecture du projet de loi que le gouvernement a fait part de son inquiétude au sujet de la privatisation, que ce soit par rapport à ces textes ou

Freeman J.A.'s statement of the relevant facts, at pp. 376-77:

1. Privatization of medical services had not been enunciated as a government objective prior to the introduction of the *Medical Services Act*. It was not mentioned in the Throne Speech on February 23, 1989. The Throne Speech did say that a Royal Commission Report was being awaited. The order-in-council establishing the Royal Commission made no reference to privatization.

3. In explaining the desirability of avoiding the pitfalls of privatization, the Crown relied heavily on economic considerations. The report of the Royal Commission on Health Costs was being awaited, as the Throne Speech noted. In passing the *Medical Services Act* on June 15, 1989, the legislature elected to do so without the benefit of observations or recommendations by the Royal Commission

On February 23, 1989, just three weeks before the adoption of the March regulations, the Throne Speech was delivered. Although it discussed health care policy, it made no mention of a policy with respect to privatization. As Freeman J.A. observes, it did refer to the Royal Commission on Health Care, which had been established in 1987 to undertake a thorough examination of the province's health care system. The Throne Speech indicated that the government was awaiting the Commission's report.

That report was delivered in December 1989. Its recommendations were inconsistent with a policy of opposing privatization. It recommended, *inter alia*, moving as many services as possible out of hospitals and minimizing the length of hospital stays, in order to reduce public health care costs. It stated, in part, that while institutions should continue to be the focal points of health care delivery in Nova Scotia:

aux règlements de mars. Encore une fois, j'adopte l'exposé que fait le juge Freeman des faits pertinents, aux pp. 376 et 377:

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

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

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

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

. . . there is increasing understanding that many health care services can be provided safely and appropriately outside of institutional settings.

John Malcom, the Crown health care policy expert, testified, on cross-examination, that the directions enunciated in the report were consistent with the approach the Department of Health had been taking. The Throne Speech of 1990, delivered two months after the report, discussed the report, and again — understandably, in light of the Commission's recommendations — made no mention of a policy of opposing the private delivery of health care services.

Third, it is significant that there is no evidence of any prior study or consultation regarding the cost-effectiveness or quality of medical services delivered in private clinics. Again, Freeman J.A.'s words, at p. 377, are apropos and I repeat them for convenience:

5. The Department of Health had been engaged in discussions with the Medical Society of Nova Scotia to have more health care services delivered outside of hospitals. The Medical Society was not consulted about the Act prior to its introduction. The evidence suggests the Act runs counter to the direction of the talks.

The Medical Society was not consulted until after the legislation was introduced, and then only to discuss the services to be designated. This would not be particularly significant on its own, but, according to the evidence of Dr. Vincent Audain, who was the president of the Medical Society at the relevant time, the Medical Society had been engaged in discussions with government toward moving more health care services outside hospitals. Dr. Audain learned of the Act through a telephone message the day the bill was introduced. He testified that the Society was perturbed by this unexpected action and suspected that the motive behind it was the "abortion issue". The Society passed a resolution, which it communicated to the government, condemning the legislation on the basis that it would have a negative impact on the

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

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

Troisièmement, il est révélateur qu'aucun élément de preuve n'établisse que des études ou une consultation aient été faites auparavant au sujet du rapport coût/efficacité ou de la qualité des services médicaux fournis dans les cliniques privées. Encore une fois, les remarques du juge Freeman, à la p. 377, sont à propos et je les reprends par souci de commodité:

5. Le ministère de la Santé avait discuté avec l'ordre des médecins de la Nouvelle-Écosse de la possibilité de fournir davantage de soins de santé ailleurs que dans les hôpitaux. L'ordre des médecins n'a pas été consulté au sujet de la *Loi* avant qu'elle n'ait été déposée. Les témoignages semblent indiquer que la *Loi* ne va pas dans le même sens que les pourparlers.

L'ordre des médecins n'a pas été consulté avant la présentation du projet de loi et la consultation n'a porté ensuite que sur les services à désigner. Cet élément ne serait pas particulièrement révélateur en soi, mais, d'après le témoignage du Dr Vincent Audain, qui était président à l'époque en cause, l'ordre des médecins était en train de discuter avec le gouvernement de la possibilité d'autoriser la fourniture d'une proportion plus grande des services de santé à l'extérieur des hôpitaux. Le Dr Audain a appris l'existence du projet de loi par un message téléphonique le jour de sa présentation. Il a témoigné que l'ordre avait appris avec inquiétude cette action inattendue et qu'il avait soupçonné qu'elle s'expliquait par la «question de l'avortement». L'ordre a adopté une résolution, qu'il a transmise au gouvernement, désavouant la loi

delivery of medical care, would add to the cost of hospital care and conflict with emerging technological advances in medicine. The legislation was seen to contradict the government's stated policy goals of moving more services outside hospitals. Furthermore, according to Dr. Audain, when the Medical Society was consulted in June 1989 as to the medical services to be designated, the restriction of abortion was non-negotiable.

parce qu'elle aurait des répercussions négatives sur la fourniture des services médicaux, qu'elle ferait augmenter les frais d'hospitalisation et qu'elle serait inconciliable avec les progrès techniques en médecine. Les textes législatifs étaient perçus comme contraires à la politique que le gouvernement avait énoncée, c'est-à-dire favoriser la fourniture d'une proportion plus grande des services à l'extérieur des hôpitaux. Par surcroît, selon le Dr Audain, quand l'ordre des médecins a été consulté en juin 1989 au sujet de la liste des services médicaux à désigner, la limitation des avortements n'était pas négociable.

Although the Crown's expert witness, Mr. Malcom, testified as to the adequacy of access to abortion in Nova Scotia, no studies or consultation on the delivery of, access to, or cost-effectiveness of abortion services in hospitals or clinics were conducted, and the Crown relied at trial on dated statistical evidence as to the adequacy of existing facilities. The appellant argued, on the basis of Mr. Malcom's opinion evidence, that quality assurance is best ensured through the Canadian Council on Hospital Accreditation. There is no evidence, however, that the government had inquired into either the quality of services provided in hospitals *vis-à-vis* clinics or the existence of standards for the delivery of abortion services.

Quoique le témoin expert cité par le ministère public, M. Malcom, ait attesté que l'accès à l'avortement était adéquat en Nouvelle-Écosse, aucune étude ni consultation n'a été menée quant à la fourniture, à l'accès ou au rapport coût/efficacité des services d'avortement fournis dans les hôpitaux et dans les cliniques, et le ministère public s'est fondé au procès sur des statistiques qui dataient pour prouver que les installations existantes étaient suffisantes. Invoquant le témoignage d'expert de M. Malcom, l'appelante a soutenu qu'il valait mieux laisser au Conseil canadien d'agrément des hôpitaux le soin de veiller à l'assurance de la qualité. Toutefois, rien ne prouve que le gouvernement ait effectué une étude sur la qualité des services fournis dans les hôpitaux en comparaison de ceux fournis dans les cliniques ou sur l'existence de normes applicables à la fourniture des services d'avortement.

The appellant refers to a meeting of the House of Assembly's Committee on Community Services at the abortion unit of the Victoria General Hospital ("VGH"), in Halifax, on May 30, 1989, as evidence of prior consultation. Eighty-three per cent of all abortions performed in Nova Scotia are performed at this hospital. The topic of the meeting was the VGH's termination of pregnancy unit. The Committee met with the head of the gynaecology department, the head of the abortion unit and the charge nurse of the ambulatory care unit. The head of the abortion unit said that in his view Nova Scotia adequately met its own abortion needs and a Morgentaler clinic was unnecessary; however, he

Pour prouver qu'une consultation a bien eu lieu, l'appelante fait mention d'une réunion du comité des services communautaires de la Chambre qui s'est tenue au service des avortements de l'hôpital Victoria General («l'hôpital») à Halifax, le 30 mai 1989. Quatre-vingt-trois pour cent des avortements pratiqués en Nouvelle-Écosse le sont dans cet hôpital. Le sujet de la réunion était le service d'interruption des grossesses de l'hôpital. Le comité a rencontré le chef du service de gynécologie, le chef du service des avortements et l'infirmière responsable de l'unité des soins ambulatoires. Le chef du service des avortements a dit qu'à son avis, la Nouvelle-Écosse répondait de manière adéquate à

also said that such a clinic would serve all the Atlantic provinces. The three guests generally praised the efficiency and safety of existing abortion services, although it was revealed that average delays at the VGH were from a week to ten days, the medical staff willing to perform abortions at the hospital had fallen from ten to five, the quarters were cramped, and the greatest concern was a lack of information and counselling for both patients and doctors. Little hard data was provided. The meeting, indeed, seems to have provided more of a political platform for the expression of the views of the politicians on the committee than a forum for consultation and fact-finding regarding the issues the legislation was purported to address.

ses propres besoins au chapitre de l'avortement et qu'une clinique Morgentaler était inutile; toutefois, il a également dit qu'une telle clinique recevrait des patientes de toutes les provinces Atlantiques. Les trois invités ont loué en général l'efficacité et la sécurité des services d'avortement existants, encore qu'on ait révélé que les délais moyens à l'hôpital allaient d'une semaine à dix jours, que le nombre de médecins disposés à pratiquer des avortements à l'hôpital était passé de dix à cinq, qu'on y était à l'étroit et que le principal sujet d'inquiétude était l'insuffisance des ressources d'information et de counselling à la disposition des patientes et des médecins. Peu de données précises ont été communiquées. En effet, la réunion semble avoir été davantage une tribune politique permettant aux politiciens membres du comité d'exprimer leur opinion qu'un moyen de tenir une consultation et d'enquêter sur les questions que la législation était censée viser.

The lack of prior study or consultation is not raised to show that the province acted indiscreetly or ineffectually in pursuing provincial objectives, but rather to indicate that the evidence simply does not support the submission that these provincial objectives were the basis for the legislative action in question.

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

Another factor I consider relevant is that the "cost-effectiveness" rationale appears to be divorced from reality. Dr. Morgentaler's clinic will not represent a direct increase in the cost to the province of the provision of health care services. The parties dispute the actual cost of abortion services in and out of hospitals, but I do not propose to enter into that argument. In response to questions from the bench, appellant's counsel agreed that the fee paid to the respondent in respect of abortion services would be the same as that provided to a doctor who performed an abortion in a hospital. Consequently the establishment of an abortion clinic would not result in an increased direct cost to the province in the form of doctors' fees. The appellant's argument, as developed through Mr. Malcom's evidence, was that the duplication of services would lower the number of

Un autre facteur que j'estime pertinent c'est que l'argument fondé sur le rapport coût/efficacité semble être contredit par la réalité. La clinique du Dr Morgentaler n'entraînera pas de hausse directe du coût des services de santé supporté par la province. Les parties ne s'entendent pas sur le coût réel des services d'avortement selon qu'ils sont fournis dans les hôpitaux ou ailleurs, mais je n'ai pas l'intention de me lancer dans ce débat. En réponse à des questions posées par le juge, l'avocat de l'appelante a convenu que les honoraires versés à l'intimé pour les services d'avortement étaient égaux à ceux touchés par un médecin qui pratique un avortement à l'hôpital. Par conséquent, l'établissement d'une clinique d'avortement ne provoquerait pas d'augmentation directe des coûts supportés par la province au titre des honoraires des médecins. S'appuyant sur le témoignage de M.

abortions performed in hospitals and eventually lead to an increase in the cost per procedure. The evidence did not establish, however, that the erosion in the number of abortions performed in hospitals would be great enough to have this effect.

A fifth consideration is the list of designated medical services itself. There is no apparent link between the different services. The only common denominator suggested by the appellant is that the government anticipated that these services might be attractive to private facilities. The appellant argued at trial and maintained before us, however, that the government's policy was to oppose the performance of any and all surgical procedures outside hospital. If that were the case, one might wonder why the Act did not prohibit the performance of surgical procedures generally outside a hospital. Designating nine apparently unrelated procedures does not accomplish this purpose.

If the means employed by a legislature to achieve its purported objectives do not logically advance those objectives, this may indicate that the purported purpose masks the legislation's true purpose. In *Westendorp v. The Queen, supra*, Laskin C.J. held that it was specious to regard a by-law which prohibited street prostitution as relating to control of the streets, since if that were its true purpose, "it would have dealt with congregation of persons on the streets or with obstruction, unrelated to what the congregating or obstructing persons say or otherwise do" (at p. 51). Here, one would expect that if the province's policy were to prohibit the performance of any surgical procedures outside hospitals, the legislation would have simply done so.

Finally, although I put little weight on this factor, I agree with both courts below that the relatively severe penalties provided for by the Act are

Malcom, l'appelante a fait valoir que, puisque les services feraient double emploi, moins d'avortements seraient pratiqués à l'hôpital et, à la longue, le coût unitaire s'accroîtrait. La preuve n'a toutefois pas montré que la diminution du nombre d'avortements pratiqués dans les hôpitaux serait suffisante pour produire cet effet.

Un cinquième élément qui entre en ligne de compte est la liste des services médicaux elle-même. Il n'y a pas de lien apparent entre les différents services. Le seul dénominateur commun suggéré par l'appelante est que le gouvernement prévoyait que ces services pourraient être jugés intéressants par des exploitants d'établissements privés. L'appelante a cependant soutenu au procès et devant nous que la position du gouvernement était de s'opposer à ce que toute opération chirurgicale soit pratiquée ailleurs que dans un hôpital. Si tel était le cas, on peut se demander pourquoi la Loi n'a pas interdit, de façon générale, l'exécution des interventions chirurgicales ailleurs que dans un hôpital. Désigner neuf interventions apparemment sans rapport entre elles ne permet pas d'atteindre cet objectif.

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

Pour terminer, bien que j'accorde peu de poids à ce facteur, je suis d'accord avec les deux tribunaux d'instance inférieure pour dire que la sévérité rela-

relevant to its constitutional characterization. Section 6(1) of the Act prescribes fines of \$10,000 to \$50,000 for each infraction of the Act. Kennedy Prov. Ct. J. and Freeman J.A. considered the relative severity of the fines as one indication that the fines were not simply measures to enforce a regulatory scheme, but penalties to punish abortion clinics as inherently wrong. Of course, s. 92(15) of the *Constitution Act, 1867* allows the provinces to impose punishment to enforce valid provincial law, and the mere addition of penal sanctions to an otherwise valid provincial legislative scheme does not make the legislation criminal law: *Smith v. The Queen, supra*, at p. 800; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil, supra*, at p. 697; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General), supra*, at p. 965. However, the unusual severity of penalties may be taken into account in characterizing legislation: *Westendorp v. The Queen, supra*, at p. 51.

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

D. Conclusion

(1) Pith and Substance

This legislation deals, by its terms, with a subject historically considered to be part of the criminal law — the prohibition of the performance of abortions with penal consequences. It is thus suspect on its face. Its legal effect partially reproduces that of the now defunct s. 251 of the *Criminal Code*, in so far as both precluded the establishment and operation of free-standing abortion clinics. Its legislative history, the course of events leading up to the Act's passage and the making of N.S. Reg. 152/89, the Hansard excerpts and the absence of evidence that privatization and the cost and quality of health care services were anything more than incidental concerns, lead to the conclusion that the *Medical Services Act* and the *Medical Services Designation Regulation* were aimed primarily at suppressing the perceived public harm or evil of abortion clinics. The legislation meets the tests set out in the *Margarine Reference, supra*, and of

D. Conclusion

(1) Le caractère véritable

Les textes législatifs en l'espèce portent, de par leurs termes, sur un sujet qui a, par le passé, été tenu pour une question touchant le droit criminel — l'interdiction de l'avortement assortie de conséquences pénales. Ils sont donc suspects à première vue. Leur effet juridique reprend en partie celui de l'art. 251 du *Code criminel* maintenant inopérant, dans la mesure où les deux dispositions interdisent l'établissement et les activités de cliniques d'avortement autonomes. L'historique des textes, le déroulement des faits jusqu'à l'adoption de la Loi et jusqu'à la prise du règlement N.S. Reg. 152/89, les extraits du Hansard et l'absence de preuve que la privatisation et le coût et la qualité des services de santé étaient davantage que des préoccupations accessoires, tout cela m'amène à conclure que la *Medical Services Act* et le *Medical Services Designation Regulation* visaient principalement à supprimer le mal ou fléau public appréhendé que

Morgentaler (1975) and *Morgentaler (1988)*, *supra*. The primary objective of the legislation was to prohibit abortions outside hospitals as socially undesirable conduct, and any concern with the safety and security of pregnant women or with health care policy, hospitals or the regulation of the medical profession was merely ancillary. This legislation involves the regulation of the place where an abortion may be obtained, not from the viewpoint of health care policy, but from the viewpoint of public wrongs or crimes, to echo Cannon J.'s words in *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, at p. 144 (appeal dismissed as moot in *Alberta Bank Taxation Reference*, *supra*, at pp. 127-28):

I agree with the submission of the Attorney-General for Canada that this bill deals with the regulation of the press of Alberta, not from the viewpoint of private wrongs or civil injuries resulting from any alleged infringement or privation of civil rights which belong to individuals, considered as individuals but from the viewpoint of public wrongs or crimes, i.e., involving a violation of the public rights and duties to the whole community, considered as a community, in its social aggregate capacity. [Emphasis added.]

Paraphrasing what Lamer J. said in *Starr v. Houlden*, *supra*, at p. 1405: I find unpersuasive the argument that this legislation is solidly anchored in s. 92(7), (13) or (16) of the *Constitution Act, 1867*. There is nothing on the surface of the legislation or in the background facts leading up to its enactment to convince me that it is designed to protect the integrity of Nova Scotia's health care system by preventing the emergence of a two-tiered system of delivery, to ensure the delivery of high-quality health care, or to rationalize the delivery of medical services so as to avoid duplication and reduce public health care costs. Any such objectives are clearly incidental to the central feature of the legislation, which is the prohibition of abortions outside

représentaient les cliniques d'avortement. Les textes législatifs répondent aux critères énoncés dans le *Renvoi sur la margarine* et dans les arrêts *Morgentaler (1975)* et *Morgentaler (1988)*, précités. L'objet premier des textes était d'interdire de pratiquer un avortement ailleurs que dans un hôpital parce que cela constituait un acte socialement indésirable, et toute préoccupation à l'égard de la santé et de la sécurité des femmes enceintes ou à l'égard de la politique de la santé, des hôpitaux ou de la réglementation de la profession médicale n'était qu'accessoire. Les textes législatifs en l'espèce concernent la réglementation du lieu où l'avortement peut être pratiqué, non pas sur le plan de la politique de la santé, mais dans l'optique de méfaits publics ou de crimes, pour reprendre les propos du juge Cannon dans *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, à la p. 144 (pourvoi rejeté en raison de son caractère théorique par *Alberta Bank Taxation Reference*, précité, aux pp. 127 et 128):

[TRADUCTION] Je souscris à l'avis du procureur général du Canada selon lequel le présent projet de loi traite de la réglementation de la presse de l'Alberta, non du point de vue des délits privés ou des préjudices civils résultant d'une prétendue violation ou privation des droits civils des individus en tant que tels, mais du point de vue des délits publics ou crimes, c'est-à-dire ceux qui impliquent une violation des droits et des devoirs publics envers la collectivité tout entière, considérée comme telle, dans sa capacité d'agir en tant que collectivité. [Je souligne.]

g

h

i

j

Pour reprendre la formule du juge Lamer dans l'arrêt *Starr c. Houlden*, précité, à la p. 1405, je trouve peu convaincant l'argument selon lequel les textes législatifs en l'espèce sont solidement ancrés aux par. 92(7), (13) ou (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ni la teneur des textes ni la suite des faits qui a conduit à leur adoption ne me persuadent qu'ils visent à protéger l'intégrité du système de santé de la Nouvelle-Écosse en empêchant l'instauration d'un système à deux niveaux, à assurer la prestation de soins de qualité supérieure ou à rationaliser la fourniture des services médicaux afin d'éviter qu'ils fassent double emploi et de réduire les dépenses publiques au chapitre des soins de santé. De tels objectifs sont nettement

hospitals as socially undesirable conduct subject to punishment.

(2) Practical Effect

This legislation will certainly restrict abortion in the sense that it makes abortions unavailable in any place other than hospitals. But will it lead to a practical restriction of access to abortion in Nova Scotia? Will the present hospital system be able and willing to accommodate all the women who desire to terminate a pregnancy, given among other things that the hospital in which 83 percent of all abortions are performed has lost half of its medical staff willing to perform the procedure? These are questions that the trial judge did not answer, and on which the parties are resolutely divided. Women may not wish to have an abortion in a hospital for any number of legitimate reasons. Clearly restrictions as to place can have the effect of restricting abortions in practice, and indeed it was the operation of s. 251 of the *Criminal Code* in restricting abortions to certain hospitals that contributed largely to its demise. One of the reasons that the former s. 251 of the *Criminal Code* was struck down in *Morgentaler* (1988), *supra*, was that the in-hospital requirement in that section led to unacceptable delays, undue stress and trauma, and a severe practical restriction of access to abortion services. Several years of experience under s. 251 showed that the combined decisions and actions of individual anti-abortion hospital boards could render access to legal abortion non-existent in large areas of the country. Something similar may occur in Nova Scotia but that is something we have no way of predicting. One of the effects of the legislation is consolidation of abortions in the hands of the provincial government, largely in one provincially controlled institution. This renders free access to abortion vulnerable to administrative erosion.

accessoires à la caractéristique centrale des textes, savoir l'interdiction de pratiquer un avortement ailleurs que dans un hôpital, acte tenu pour socialement indésirable et passible de sanctions.

(2) L'effet pratique

Les textes législatifs en l'espèce limiteront certainement l'avortement en ce sens qu'ils le rendront impossible à obtenir ailleurs que dans un hôpital. Mais entraînera-t-il dans la pratique une restriction de l'accès à l'avortement en Nouvelle-Écosse? Le système hospitalier actuel sera-t-il en mesure d'accueillir toutes les femmes qui désirent interrompre leur grossesse, et sera-t-il prêt à les recevoir, étant donné, entre autres, que l'hôpital dans lequel 83 p. 100 de tous les avortements sont pratiqués a perdu la moitié de ses médecins disposés à pratiquer cette intervention? Ce sont des questions auxquelles le juge du procès n'a pas répondu et sur lesquelles les parties divergent résolument. Les femmes peuvent ne pas vouloir se faire avorter à l'hôpital pour une quantité de raisons légitimes. De toute évidence, les restrictions concernant le lieu peuvent avoir pour effet de limiter l'avortement en pratique et, de fait, l'invalidation de l'art. 251 du *Code criminel* a été due en grande partie au résultat de son application, c'est-à-dire qu'il avait limité l'avortement à certains hôpitaux. Dans l'arrêt *Morgentaler* (1988), précité, l'ancien art. 251 du *Code criminel* a été annulé notamment parce que l'obligation de se faire avorter à l'hôpital contenue dans cet article engendrait des délais inacceptables et une tension et une angoisse excessives, et elle restreignait grandement en pratique l'accès aux services d'avortement. Après plusieurs années d'application de l'art. 251, on a constaté que les décisions et les actions conjuguées des conseils d'hôpitaux anti-avortement avaient rendu l'accès à l'avortement légal inexistant dans de nombreuses régions du pays. Une chose semblable pourrait se produire en Nouvelle-Écosse, mais nous n'avons aucun moyen de le prédire. L'un des effets des textes législatifs est l'attribution au gouvernement provincial du droit exclusif de pratiquer des avortements, et ce dans une large mesure dans un seul établissement contrôlé par l'État. Le libre accès à l'avortement est ainsi susceptible de subir l'érosion administrative.

Having applied the ordinary tests as to the matter of the present legislation, I am able to conclude that the legislation was an *ultra vires* invasion of the field of criminal law. I am able to reach this conclusion without predicting the ultimate practical effect of this legislation, and it is consequently unnecessary to adjudicate the intractable dispute between the parties as to whether this legislation will, in fact, restrict access to abortion in Nova Scotia. The appellant's evidence that the legislation will not have the practical effect of restricting abortions is simply evidence that the legislation will not actually accomplish what it set out to do. In view of my conclusion as to the pith and substance of the legislation, I am not concerned with whether the legislation is effective and such evidence can no more be used to validate *ultra vires* legislation than to invalidate *intra vires* legislation, as was held in *Reference re Anti-Inflation Act, supra*.

(3) Severance

Severance is infrequently applied in distribution of powers cases. The general rule is that severance is available where the remaining good part can survive independently and would have been enacted by itself (see the *Alberta Bill of Rights case, supra*, at p. 518). Here there is no "remaining good part", since the foregoing analysis has shown that the pith and substance of the entire legislation taken together, Act and regulation alike, is criminal law. As Hogg says, "[f]or constitutional purposes the statute is one law, and it will stand or fall as a whole" (*supra*, at p. 15-21); the same reasoning applies where, as here, two pieces of legislation are intertwined parts of a single legislative plan or scheme (see *Attorney General for Ontario v. Reciprocal Insurers, supra*, and *Alberta Bank Taxation Reference, supra*), two separate provisions or enactments "are so interconnected that they must be read together as expressing a single legislative purpose" (*Switzman v. Elbling, supra*, at p. 315, *per Nolan J.*), or the regulations "are so intertwined with the authorizing statute as to stamp it

Après avoir appliqué les critères ordinaires relativement à la matière des textes législatifs en l'espèce, je puis conclure qu'ils constituaient une ingérence *ultra vires* dans le domaine du droit criminel.

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

(3) La dissociation

- e* La dissociation n'est pas souvent appliquée dans les affaires relatives au partage des compétences. La règle générale veut que la dissociation soit possible si la partie valide restante peut survivre indépendamment et aurait pu être édictée séparément (voir l'affaire *Alberta Bill of Rights*, précitée, à la p. 518). En l'espèce, il n'y a pas de «partie valide restante», car l'analyse qui précède a montré que les textes législatifs dans leur ensemble — tant la Loi que le règlement — de par leur caractère véritable, ressortissent au droit criminel. Comme le dit Hogg, [TRADUCTION] «[s]ur le plan de la constitutionnalité, la loi est une et indivisible» (*op. cit.*, à la p. 15-21); le même raisonnement est valable quand, comme en l'espèce, deux textes sont des parties entrelacées d'un seul et même régime ou programme législatif (voir *Attorney General for Ontario c. Reciprocal Insurers*, et *Alberta Bank Taxation Reference*, précités), quand deux dispositions ou textes [TRADUCTION] «sont à ce point liés qu'il y a lieu de les interpréter ensemble comme l'expression d'un seul objet législatif» (*Switzman c. Elbling*, précité, à la p. 315 (le juge Nolan)), ou quand les règlements «sont si intimement liés à la loi habilitante qu'ils l'imprègnent de leur caracte-
- f*
- g*
- h*
- i*
- j*

with their character" (*Central Canada Potash Co. v. Saskatchewan*, *supra*, at p. 64).

As a result, the Act and regulation are *ultra vires* in their entirety.

(4) Disposition

For the foregoing reasons, I would answer the constitutional questions as follows:

1. Is the *Medical Services Act*, R.S.N.S. 1989, c. 281, *ultra vires* the Legislature of the Province of Nova Scotia on the ground that the Act is legislation in relation to criminal law falling within the exclusive legislative jurisdiction of the Parliament of Canada under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*? *c*

Answer: Yes.

2. Is the *Medical Services Designation Regulation*, N.S. Reg. 152/89, made on the 20th day of July, 1989, pursuant to s. 8 of the *Medical Services Act*, R.S.N.S. 1989, c. 281, *ultra vires* the Lieutenant Governor in Council on the ground the Regulation was made pursuant to legislation in relation to criminal law falling within the exclusive legislative jurisdiction of the Parliament of Canada under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*? *e f*

Answer: Yes.

The appeal is therefore dismissed. I would award the respondent his costs of the appeal on a party and party scale. *g*

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Marian F. H. Tyson and Louise Walsh Poirier, Halifax. *i*

Solicitors for the respondent: Buchan, Derrick & Ring, Halifax. *j*

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

tère» (*Central Canada Potash Co. c. Saskatchewan*, précité, à la p. 64).

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

(4) Dispositif

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

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

Réponse: Oui.

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

Réponse: Oui.

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

Pourvoi rejeté avec dépens.

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

Procureurs de l'intimé: Buchan, Derrick & Ring, Halifax. *j*

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: Paul M. Breton, Fredericton.

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

Solicitor for the intervener REAL Women of Canada: Angela M. Costigan, Toronto.

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

Solicitors for the intervener the Canadian Abortion Rights Action League: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.

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