

Ivana Levkovic *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Attorney General of Canada and
Criminal Lawyers' Association
of Ontario** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. LEVKOVIC

2013 SCC 25

File No.: 34229.

2012: October 10; 2013: May 3.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella,
Rothstein, Cromwell and Moldaver JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO**

Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Right to security of person — Fundamental justice — Vagueness — Criminal Code provision prohibiting disposing of dead body of child with intent to conceal its delivery whether child died before, during or after birth — Whether provision is impermissibly vague in its application to child that died before birth — Whether provision infringes rights to liberty and security of person — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 243.

Criminal law — Offences — Concealing body of child — whether phrase “child [that] died before . . . birth” satisfies requirement of certainty — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 243.

While cleaning a recently vacated apartment, a building superintendent discovered on the balcony a bag containing the remains of a human baby. According to the Crown, the remains were of a female delivered “at or near full term”. The cause of death could not be determined and it was unknown whether there had been a live birth. The accused was charged under s. 243 of the *Criminal Code* with concealing the dead body of a child. Before any evidence was called, she challenged the

Ivana Levkovic *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Procureur général du Canada et
Criminal Lawyers' Association
of Ontario** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. LEVKOVIC

2013 CSC 25

N° du greffe : 34229.

2012 : 10 octobre; 2013 : 3 mai.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — Droit à la sécurité de la personne — Justice fondamentale — Imprécision — Disposition du Code criminel interdisant de faire disparaître le cadavre d'un enfant dans l'intention de cacher sa naissance que l'enfant soit mort avant, pendant ou après la naissance — La disposition est-elle d'une imprécision inacceptable dans son application à un enfant qui est mort avant la naissance? — La disposition viole-t-elle les droits à la liberté et à la sécurité de la personne? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 243.

Droit criminel — Infractions — Suppression de part — La proposition « enfant [qui est] mort avant [. . .] la naissance » satisfait-elle à l'exigence de certitude? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 243.

Alors qu'il nettoyait un appartement récemment devenu vacant, un gérant d'immeubles a découvert sur le balcon un sac contenant les restes d'un bébé humain. Selon le ministère public, il s'agissait des restes d'un bébé de sexe féminin né « à terme ou presque ». La cause du décès n'a pas pu être déterminée et on ignore s'il y a eu naissance vivante. L'accusée a été inculpée de l'infraction de suppression de part décrite à l'art. 243 du *Code criminel*. Avant la présentation de la preuve,

constitutionality of s. 243 on the grounds that the section infringes her right to liberty and security under s. 7 of the *Charter*. The trial judge concluded that the concept of a child that died before birth is unconstitutionally vague because he could not identify the moment on the gestational spectrum when a fetus becomes the body of a child for the purpose of s. 243. He severed the word “before” from s. 243. The Crown did not call evidence and the accused was acquitted. The Court of Appeal allowed an appeal and ordered a new trial on the grounds that the trial judge applied an overly demanding standard of vagueness. The Court of Appeal relied on the “chance of life” standard from *R. v. Berriman* (1854), 6 Cox C.C. 388, to conclude that a fetus becomes a child for the purpose of s. 243 when the fetus has reached a stage when, but for some external event or circumstance, it would likely have been born alive.

Held: The appeal should be dismissed.

Impermissibly vague laws mock the rule of law and scorn an ancient and well-established principle of fundamental justice: No one may be convicted or punished for an act or omission that is not clearly prohibited by a valid law. The issue on this appeal is whether s. 243 of the *Criminal Code* satisfies these constitutional requirements.

The risk of incarceration upon conviction clearly engaged the accused’s liberty interest under s. 7 of the *Charter*. It is thus unnecessary to dispose of her submission that s. 243 infringes s. 7 because it interferes with a decision of fundamental personal importance: whether and how to disclose the natural end of a failed pregnancy. Furthermore, the accused’s argument that s. 7 of the *Charter* must hold s. 243 to a heightened standard of precision because it interferes with every woman’s right not to disclose a naturally failed pregnancy raises a challenge for vagueness in form but overbreadth in substance. Given that the accused’s overbreadth arguments were rejected by both courts below and not raised on this appeal, there is no proper basis to revisit the issue here.

In accordance with s. 7 of the *Charter*, in a criminal context, a statutory provision must afford citizens fair notice of the consequences of their conduct and it must limit the discretion of those charged with its enforcement.

elle a contesté la constitutionnalité de l’art. 243 faisant valoir que cette disposition viole ses droits à la liberté et à la sécurité protégés par l’art. 7 de la *Charte*. Le juge du procès a conclu que la notion d’un enfant qui est mort avant la naissance était inconstitutionnelle pour cause d’imprécision, parce qu’il ne pouvait pas identifier le moment, pendant la grossesse, où un fœtus devient le corps d’un enfant au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’art. 243. Il a retranché le mot « avant » de l’art. 243. Le ministère public n’a pas présenté de preuve et l’accusée a été acquittée. La Cour d’appel a accueilli l’appel et ordonné la tenue d’un nouveau procès au motif que le juge du procès avait appliqué une norme d’imprécision trop rigoureuse. La Cour d’appel s’est appuyée sur la norme de la « chance de vivre » tirée de *R. c. Berriman* (1854), 6 Cox C.C. 388, pour conclure que, pour l’application de l’art. 243, un fœtus devient un enfant lorsqu’il a atteint un stade de son développement où, n’eût été un événement ou une circonstance extérieure, l’enfant serait probablement né vivant.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les lois d’une imprécision inacceptable bafouent la primauté du droit et violent un principe ancien et bien établi de justice fondamentale : nul ne peut être condamné ou puni pour un acte ou une omission qui n’est pas clairement interdit par une loi valide. La question à trancher dans le présent appel est celle de savoir si l’art. 243 du *Code criminel* satisfait à ces exigences constitutionnelles.

Puisqu’elle risque l’incarcération advenant une déclaration de culpabilité, le droit à la liberté de l’accusée protégé par l’art. 7 de la *Charte* est clairement en cause. Il est donc inutile de statuer sur son argument selon lequel l’art. 243 porte atteinte à l’art. 7 parce qu’il entrave une décision qui revêt une importance personnelle fondamentale : l’opportunité et la façon de révéler la fin naturelle d’une grossesse qui a échoué. En outre, l’argument de l’appelante selon lequel l’art. 7 de la *Charte* doit astreindre l’art. 243 à une norme de précision plus exigeante parce qu’il porte atteinte au droit de la femme de ne pas avoir à révéler une grossesse qui a échoué naturellement équivaut à une contestation fondée sur l’imprécision, sur le plan de la forme, mais fondée sur la portée excessive quant au fond. Vu que les arguments de l’appelante fondés sur la portée excessive ont été rejetés par les deux juridictions inférieures et qu’ils n’ont pas été soulevés dans le présent pourvoi, il n’y a pas lieu de revenir ici sur cette question.

Pour être conforme à l’art. 7 de la *Charte*, en matière criminelle, la disposition contestée doit prévenir raisonnablement les citoyens des conséquences de leur conduite et limiter le pouvoir discrétionnaire de ceux

A provision that fails to satisfy these essential requirements is void for vagueness. This is judicially determined by examination of both the provision's text and context. Section 243 meets the minimum standard of precision required by the *Charter*. In its application to a child that died before birth, it only captures the disposal of the remains of children that were likely to be born alive. A conviction will only lie where the Crown proves that the child, to the knowledge of the accused, was likely to have been born alive. Section 243 gives fair notice of the risk of prosecution and conviction and limits with sufficient clarity the discretion of those charged with its enforcement. There is thus no need to conduct a s. 1 analysis.

A court can conclude that a law is unconstitutionally vague only after exhausting its interpretive function. This requires considering prior judicial interpretations of the provision, the legislative purpose of the provision, its subject matter and nature, societal values and related legislative provisions. A plain reading of s. 243 makes clear that it is focused on the event of birth. The interpretation of s. 243 is informed by *Berriman*, which sets out that an accused can only be convicted of child concealment if he or she, with intent to conceal its birth, disposed of the body of a child that had reached a point of development where, but for some accidental circumstances it might have been born alive. However, where *Berriman* required that the fetus "might have been born alive", a *likelihood* requirement is to be preferred. A likelihood standard best comports with the late term focus of s. 243 and affords greater certainty in its application. Moreover, a likelihood standard is consistent with the primary purpose of s. 243 in facilitating the investigation of other *Criminal Code* provisions: the homicide provisions that apply only when the victim is a human being which, in the case of a child, requires that the child has completely proceeded, in a living state, from the body of its mother; ss. 238 and 242, both of which focus on the event of birth; and, s. 662(4) which, on a charge of murder or infanticide, permits a conviction under s. 243 where neither murder nor infanticide is made out. Limiting the pre-birth application of s. 243 to fetuses that were likely to have been born alive is consistent with the clear late term focus of these offences.

qui sont chargés de son application. Une disposition qui ne satisfait pas à ces exigences essentielles est nulle pour imprécision. C'est au tribunal qu'il revient de déterminer si elle y satisfait en examinant son libellé et son contexte. L'article 243 satisfait à la norme minimale de précision prescrite par la *Charte*. Dans son application à un enfant qui est mort avant la naissance, il ne vise que le fait de faire disparaître les restes d'enfants qui seraient probablement nés vivants. Une déclaration de culpabilité ne pourrait être prononcée que si le ministère public établissait que l'enfant, à la connaissance de l'accusé, serait probablement né vivant. L'article 243 prévient raisonnablement que ceux qui posent les gestes qui y sont décrits risquent d'être poursuivis et déclarés coupables et il circonscrit avec suffisamment de clarté le pouvoir discrétionnaire de ceux qui sont chargés de son application. Il n'est donc pas nécessaire de procéder à une analyse fondée sur l'article premier.

Un tribunal ne peut conclure qu'une loi est d'une imprécision inconstitutionnelle qu'après avoir épuisé les possibilités rattachées à sa fonction d'interprétation. Pour ce faire, il doit considérer les interprétations judiciaires antérieures, l'objectif législatif, le contenu et la nature de la disposition attaquée, les valeurs sociales en jeu et les dispositions législatives connexes. Selon le sens ordinaire de ce texte, il est clair que l'art. 243 est axé sur l'événement de la naissance. L'interprétation de l'art. 243 est fondé sur *Berriman* qui énonce qu'un accusé ne pourrait être déclaré coupable de suppression de part, dans l'intention de cacher la naissance d'un enfant, que s'il a fait disparaître le cadavre d'un enfant qui avait atteint un stade de développement où, n'eût été de circonstances accidentelles, il aurait pu naître vivant. Toutefois, là où *Berriman* exigeait que le fœtus « ait pu naître vivant », il convient de préconiser plutôt une exigence de *probabilité*. Le critère de la probabilité convient le mieux, compte tenu de l'accent que met l'art. 243 sur la fin de la grossesse, et procure donc une plus grande certitude quant à son application. En outre, le critère de la probabilité est compatible avec l'objectif principal de l'art. 243, soit de faciliter les enquêtes sur d'autres dispositions du *Code criminel* : celles relatives aux infractions d'homicide qui ne s'appliquent que lorsque la victime est un être humain, ce qui signifie, dans le cas d'un enfant, lorsqu'il est complètement sorti, vivant, du sein de sa mère; les art. 238 et 242, qui visent tous deux l'événement de la naissance; et le par. 662(4) qui, lorsqu'une accusation de meurtre ou d'infanticide est portée, permet une déclaration de culpabilité en vertu de l'art. 243 lorsque la preuve ne permet d'établir ni le meurtre ni l'infanticide. Limiter l'application de l'art. 243 en cas de mort avant la naissance aux fœtus qui seraient probablement nés vivants est compatible avec le fait que ces dispositions mettent clairement l'accent sur la fin de la grossesse.

Section 243 is not vague because an accused is dependent on expert medical evidence to know whether a fetus would likely have been born alive. Medical evidence would be required even if s. 243 provided a detailed description of the precise moment on the gestational spectrum where a miscarriage becomes a still birth.

Cases Cited

Discussed: *R. v. Berriman* (1854), 6 Cox C.C. 388; **referred to:** *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Connally v. General Construction Co.*, 269 U.S. 385 (1926); *Cline v. Frink Dairy Co.*, 274 U.S. 445 (1927); *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 222(1), 223(1), 238, 242, 243, 662(4).
 R.R.O. 1990, Reg. 1094, s. 20.
Vital Statistics Act, R.S.O. 1990, c. V.4, ss. 1 “still-birth”, 9.1.

Authors Cited

Manning, Morris, and Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.
 Ontario. *Inquiry into Pediatric Forensic Pathology in Ontario: Report*, vol. 1. Toronto: Ministry of the Attorney General, 2008.
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 6th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2011.
 Williams, Glanville. *Criminal Law: The General Part*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1961.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Armstrong and Watt J.J.A.), 2010 ONCA 830, 103 O.R. (3d) 1, 223 C.R.R. (2d) 261, 271 O.A.C. 177, 264 C.C.C. (3d) 423, 81 C.R. (6th) 376, [2010] O.J. No. 5252 (QL), 2010 CarswellOnt 9252, setting aside the acquittal entered by Hill J. (2008), 235 C.C.C. (3d) 417, 178 C.R.R. (2d) 285, 2008 CanLII 48647, [2008] O.J. No. 3746 (QL),

L'article 243 n'est pas imprécis parce qu'un accusé doit faire appel à une expertise médicale pour savoir si le fœtus serait probablement né vivant. Une preuve médicale serait nécessaire même si l'art. 243 prévoyait une description détaillée du moment précis, pendant la grossesse, où une fausse couche devient une mortinaissance.

Jurisprudence

Arrêt analysé : *R. c. Berriman* (1854), 6 Cox C.C. 388; **arrêts mentionnés :** *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Connally c. General Construction Co.*, 269 U.S. 385 (1926); *Cline c. Frink Dairy Co.*, 274 U.S. 445 (1927); *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 222(1), 223(1), 238, 242, 243, 662(4).
Loi sur les statistiques de l'état civil, L.R.O. 1990, ch. V.4, art. 1 « mortinaissance », 9.1.
 R.R.O. 1990, Règl. 1094, art. 20.

Doctrine et autres documents cités

Manning, Morris, and Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.
 Ontario. *Rapport de la Commission d'enquête sur la médecine légale pédiatrique en Ontario*, vol. 1. Toronto : Ministère du Procureur général, 2008.
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 6th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2011.
 Williams, Glanville. *Criminal Law : The General Part*, 2nd ed. London : Stevens & Sons, 1961.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Armstrong et Watt), 2010 ONCA 830, 103 O.R. (3d) 1, 223 C.R.R. (2d) 261, 271 O.A.C. 177, 264 C.C.C. (3d) 423, 81 C.R. (6th) 376, [2010] O.J. No. 5252 (QL), 2010 CarswellOnt 9252, qui a annulé l'acquiescement prononcé par le juge Hill (2008), 235 C.C.C. (3d) 417, 178 C.R.R. (2d) 285, 2008 CanLII 48647, [2008] O.J. No. 3746

2008 CarswellOnt 5744, and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Jill Copeland, Delmar Doucette, Jessica Orkin and Nicole Rozier, for the appellant.

Jamie Klukach and Gillian Roberts, for the respondent.

Robert J. Frater and Richard Kramer, for the intervener the Attorney General of Canada.

Marie Henein and Danielle Robitaille, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

The judgment of the Court was delivered by

FISH J. —

I

[1] Impermissibly vague laws mock the rule of law and scorn an ancient and well-established principle of fundamental justice: No one may be convicted or punished for an act or omission that is not clearly prohibited by a valid law. That principle is now enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. This has been recognized by the Court since its earliest pronouncements on unconstitutional vagueness in the *Charter* era.

[2] In *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, the Court cited with approval two decisions of the Supreme Court of the United States¹ holding that “impermissibly vague laws” violate “the first essential of due process of law” (p. 1151), and continued as follows:

The principles expressed in these two citations are not new to our law. In fact they are based on the ancient Latin maxim *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* — that there can be no crime or punishment unless it is in accordance with law that is certain, unambiguous and

¹ *Connally v. General Construction Co.*, 269 U.S. 385 (1926), at p. 391; *Cline v. Frink Dairy Co.*, 274 U.S. 445 (1927), at p. 465.

(QL), 2008 CarswellOnt 5744, et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Jill Copeland, Delmar Doucette, Jessica Orkin et Nicole Rozier, pour l'appelante.

Jamie Klukach et Gillian Roberts, pour l'intimée.

Robert J. Frater et Richard Kramer, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Marie Henein et Danielle Robitaille, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE FISH —

I

[1] Les lois d'une imprécision inacceptable bafouent la primauté du droit et violent un principe ancien et bien établi de justice fondamentale : nul ne peut être condamné ou puni pour un acte ou une omission qui n'est pas clairement interdit par une loi valide. Ce principe est maintenant consacré par la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour reconnaît ce principe depuis ses tout premiers arrêts sur l'imprécision inconstitutionnelle rendus à l'ère de la *Charte*.

[2] Dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, la Cour a cité et approuvé deux arrêts de la Cour suprême des États-Unis¹ statuant que « les lois d'une imprécision inacceptable » violent « l'élément fondamental de l'application régulière de la loi » (p. 1151) et a poursuivi en ces termes :

Les principes formulés dans ces deux citations ne sont pas nouveaux dans notre droit. En fait, ils sont fondés sur l'ancienne maxime latine *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* — il n'y a de crime ou de peine qu'en conformité avec une loi qui est certaine, sans ambiguïté et

¹ *Connally c. General Construction Co.*, 269 U.S. 385 (1926), p. 391; *Cline c. Frink Dairy Co.*, 274 U.S. 445 (1927), p. 465.

not retroactive. The rationale underlying this principle is clear. It is essential in a free and democratic society that citizens are able, as far as is possible, to foresee the consequences of their conduct in order that persons be given fair notice of what to avoid, and that the discretion of those entrusted with law enforcement is limited by clear and explicit legislative standards This is especially important in the criminal law, where citizens are potentially liable to a deprivation of liberty if their conduct is in conflict with the law. [p. 1152]

[3] And very recently, speaking for the Court in *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] S.C.R. 584, Chief Justice McLachlin reaffirmed the governing principle in these terms:

It is a fundamental requirement of the rule of law that a person should be able to predict whether a particular act constitutes a crime at the time he commits the act. The rule of law requires that laws provide in advance what can and cannot be done Condemning people for conduct that they could not have reasonably known was criminal is Kafkaesque and anathema to our notions of justice. After-the-fact condemnation violates the concept of liberty in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and has no place in the Canadian legal system. [para. 14]

[4] Our concern here is with s. 243 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which is said by the appellant to be impermissibly vague, at least in part. For that reason and to that extent, the appellant submits, s. 243 infringes her right to liberty and security of the person under s. 7 of the *Charter*. She submits as well that this infringement of s. 7 cannot be justified — or “saved” — under s. 1 of the *Charter*.

[5] Section 243 makes it a crime in Canada to dispose of the dead body of a child with intent to conceal its delivery — whether the child died *before*, *during*, or *after* birth. The decisive issue on this appeal is whether s. 243 is impermissibly vague in its application to a child that died *before* birth.

[6] The trial judge held that it is; the Ontario Court of Appeal held that it is not. With respect for the

non rétroactive. La raison d’être de ce principe est claire. Il est essentiel dans une société libre et démocratique que les citoyens soient le mieux possible en mesure de prévoir les conséquences de leur conduite afin d’être raisonnablement prévenus des conduites à éviter et pour que le pouvoir discrétionnaire des responsables de l’application de la loi soit limité par des normes législatives claires et explicites [. . .] Cela est particulièrement important en droit criminel parce que les citoyens peuvent être privés de leur liberté si leur conduite est contraire à la loi. [p. 1152]

[3] Très récemment, la juge en chef McLachlin, qui s’exprimait au nom de la Cour dans l’arrêt *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584, a réaffirmé le principe directeur en ces termes :

L’une des exigences fondamentales de la règle de droit veut qu’une personne puisse savoir qu’un acte est criminel avant de l’accomplir. La règle de droit exige que les lois délimitent à l’avance ce qui est permis et ce qui est interdit [. . .] Condamner une personne pour un acte dont elle ne pouvait raisonnablement savoir qu’il était criminel est digne de l’univers kafkaïen et va à l’encontre de notre conception de la justice. La condamnation d’un acte après coup est contraire au concept de liberté consacré à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et elle répugne au système de justice canadien. [par. 14]

[4] Ici, c’est l’art. 243 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui est en cause. Il serait, selon l’appelante, d’une imprécision inacceptable, du moins en partie. Pour cette raison et dans cette mesure, plaide l’appelante, l’art. 243 porte atteinte au droit à la liberté et à la sécurité de sa personne que lui garantit l’art. 7 de la *Charte*. Elle plaide en outre que cette atteinte à l’art. 7 ne saurait être justifiée — ou « validée » — par l’application de l’article premier de la *Charte*.

[5] Aux termes de l’art. 243, commet un crime au Canada quiconque fait disparaître le cadavre d’un enfant dans l’intention de cacher le fait que sa mère lui a donné naissance, que l’enfant soit mort *avant*, *pendant* ou *après* la naissance. La question décisive dans le présent appel est celle de savoir si l’art. 243 est d’une imprécision inacceptable dans son application à un enfant qui est mort *avant* la naissance.

[6] Le juge du procès a conclu que tel est le cas; la Cour d’appel de l’Ontario a conclu que tel n’est pas

contrary conclusion of the trial judge, I agree with the Court of Appeal.

[7] The appellant argues that s. 7 of the *Charter* must hold s. 243 to a more exacting standard of precision because it interferes with what in her view is a constitutionally protected personal autonomy and privacy interest: every woman's right not to disclose a naturally failed pregnancy.

[8] In fact, however, the appellant's vagueness challenge does not rest ultimately — if at all — on a woman's constitutionally protected autonomy and privacy interests. On the contrary, the appellant expressly recognizes Parliament's right to criminalize the concealment by a woman of the fact that she was delivered of a child that died during, after and even *before* birth. More particularly, she concedes that Parliament may “enact legislation which has application to the concealment of a fetus at some stages of development prior to live birth”. Her constitutional challenge relates exclusively to a woman's “inability to determine the conduct to which s. 243 applies in the context of a child that dies before birth”: A.F., at para. 4.

[9] It seems to me that the appellant's submission regarding a woman's right not to disclose a naturally failed pregnancy amounts to a challenge for vagueness in form but overbreadth in substance. A challenge for overbreadth would require the Court to balance the impact of s. 243 on the appellant's constitutionally protected interests against the impact necessary for s. 243 to achieve its justified legislative objectives. The appellant's arguments regarding this balance were rejected by both courts below. Moreover, there is no challenge for overbreadth on this appeal. And it is not open to the appellant, in characterizing her privacy interest submission as a vagueness challenge, to circumvent this balancing exercise that informs a proper constitutional challenge for overbreadth.

le cas. Avec égard pour la conclusion contraire du juge du procès, je suis d'accord avec la Cour d'appel.

[7] L'appelante plaide que l'art. 7 de la *Charte* doit astreindre l'art. 243 à une norme de précision plus exigeante parce qu'il porte atteinte à ce qui est, à son avis, un droit à l'autonomie personnelle et à la vie privée protégé par la Constitution, à savoir le droit de la femme de ne pas avoir à révéler une grossesse qui a échoué naturellement.

[8] De fait, cependant, la contestation de l'appelante fondée sur l'imprécision ne s'appuie pas en définitive — voire pas du tout — sur les droits de la femme à l'autonomie et à la vie privée protégés par la Constitution. Au contraire, l'appelante reconnaît expressément le droit du Parlement de criminaliser l'acte de la femme qui cache le fait qu'elle a donné naissance à un enfant, que l'enfant soit mort pendant, après ou même *avant* la naissance. Plus particulièrement, elle admet que le Parlement peut [TRADUCTION] « édicter des lois qui s'appliquent à la dissimulation d'un fœtus à certains stades de développement avant la naissance vivante ». Sa contestation constitutionnelle a trait exclusivement à « l'incapacité [de la femme] de déterminer le comportement auquel s'applique l'art. 243 relativement à un enfant qui décède avant la naissance » : m.a., par. 4.

[9] Il me semble que l'argument de l'appelante concernant le droit de la femme de ne pas révéler une grossesse qui a échoué naturellement équivaut à une contestation fondée sur l'imprécision, sur le plan de la forme, mais fondée sur la portée excessive quant au fond. Or, une contestation pour portée excessive obligerait la Cour à mettre en balance l'incidence de l'art. 243 sur les droits de l'appelante jouissant d'une protection constitutionnelle et l'incidence nécessaire pour que l'art. 243 atteigne ses objectifs législatifs justifiables. Les deux juridictions inférieures ont rejeté les arguments de l'appelante concernant cette mise en balance. En outre, il n'y a aucune contestation fondée sur la portée excessive dans le présent appel. Qui plus est, l'appelante ne peut, en caractérisant de contestation fondée sur l'imprécision son argument relatif au droit à la vie privée, court-circuiter cet exercice de mise en balance sur lequel doit s'appuyer une contestation constitutionnelle fondée sur la portée excessive.

[10] There is otherwise no dispute regarding the analytical framework for determining whether a statutory provision is void for vagueness. Nor is there any dispute as to the governing criteria: In a criminal context, the impugned provision must afford citizens fair notice of the consequences of their conduct and limit the discretion of those charged with its enforcement.

[11] Whether the provision satisfies these essential requirements will be judicially determined by examination of both its text and context. Normally, in making that determination, the court will first consider the plain meaning of the words used by Parliament to define the essential elements of the offence. In this regard, the requirement of a specific intent, as in this case, will often shed light on the intelligibility of the terms used to describe the prohibited act or omission.

[12] I shall later have more to say about these established rules of interpretation. As we shall see, their application here leads me to conclude that s. 243 of the *Criminal Code* is not impermissibly vague in its application to a child that dies before birth. Only that aspect of the provision is in issue on this appeal.

[13] Any ambiguity as to this element of the offence is resolved in favour of the accused, as it must be, by restricting the pre-birth application of s. 243 to the delivery of a child that would likely have been born alive. By this I mean, here and throughout, a *child that has reached a stage of development where, but for some external event or circumstances, it would likely have been born alive.*

[14] I recognize, of course, that provincial and territorial legislation requires reporting of *all* stillbirths, generally defined as “the complete expulsion or extraction from its mother of a product of conception either after the twentieth week of pregnancy or after the product of conception has attained the weight of 500 grams or more [without

[10] Nul ne conteste par ailleurs le cadre d’analyse qui permet de déterminer si une disposition législative est nulle pour imprécision. Personne ne conteste non plus les critères applicables : en matière criminelle, la disposition contestée doit prévenir raisonnablement les citoyens des conséquences de leur conduite et limiter le pouvoir discrétionnaire de ceux qui sont chargés de son application.

[11] Pour déterminer si la disposition répond à ces exigences essentielles, le tribunal doit examiner son libellé et son contexte. Normalement, lorsqu’il statue sur cette question, le tribunal examine d’abord le sens courant des mots employés par le législateur pour définir les éléments essentiels de l’infraction. À cet égard, l’exigence d’une intention spécifique, comme c’est ici le cas, fait souvent ressortir l’intelligibilité des termes employés pour décrire l’acte ou l’omission prohibés.

[12] Je reviendrai plus loin sur ces règles d’interprétation établies. Comme nous le verrons, leur application en l’espèce m’amène à conclure que l’art. 243 du *Code criminel* n’est pas d’une imprécision inacceptable dans son application à un enfant qui meurt avant la naissance. C’est uniquement cet aspect de la disposition qui est en cause dans le présent appel.

[13] Toute ambiguïté quant à cet élément de l’infraction est résolue en faveur de l’accusée, comme il se doit, en limitant l’application de l’art. 243 en ce qui a trait à la mort avant la naissance à l’accouchement d’un enfant qui serait probablement né vivant. J’entends par là, ici et tout au long des présents motifs, un *enfant qui a atteint un stade de développement où, n’eût été un événement ou d’autres circonstances extérieurs, il serait probablement né vivant.*

[14] Bien entendu, je reconnais que la législation provinciale et territoriale exige que soient déclarées *toutes* les mortinaissances, généralement définies comme en Ontario où la disposition pertinente se lit comme suit : « Expulsion ou extraction complète du corps de la mère, après vingt semaines au moins de grossesse, ou après qu’il a atteint 500 grammes ou

signs of life]”, or words to this effect: see, for example, *Vital Statistics Act*, R.S.O. 1990, c. V.4, s. 1.

[15] The unchallenged constitutionality of these provisions may well negate the privacy and autonomy interests claimed by the appellant in this case. And they doubtless provide clear and specific standards for provincial reporting purposes. In my view, however, they cannot be invoked — by “harmonization”, analogy, or otherwise — to expand by judicial fiat the meaning of “child [that] died before . . . birth” in s. 243 of the *Criminal Code*. Section 243, an enactment that falls squarely within federal jurisdiction, has a distinct legislative history and creates a crime for different legislative purposes.

[16] Finally, a brief word regarding the fault element of s. 243 in its application to a child that died before birth. The Crown concedes, properly in my view, that the burden of proof would be on the prosecution to establish the accused’s awareness that the child died at a time when it was likely to be born alive. Any doubt in this regard would require an acquittal. In addition, as in cases where the child dies at or after birth, the prosecution must prove that the accused disposed of its body “with intent to conceal the fact that [the child’s] mother has been delivered of it”.

[17] For these reasons and the reasons that follow, I would dismiss the appellant’s appeal to this Court, affirm the judgment of the Court of Appeal, and remit the matter for trial.

II

[18] By agreement, the appellant’s constitutional challenge to s. 243 was heard and decided by the trial judge before any evidence was called. Accordingly, the facts alleged by the Crown remain to this day unproven and are thus conditionally relevant here as a matter of context only.

plus, d’un produit de la conception [chez qui il n’y a aucun signe de vie] » : voir, par exemple, *Loi sur les statistiques de l’état civil*, L.R.O. 1990, ch. V.4, art. 1.

[15] Il se peut fort bien que la constitutionnalité incontestée de ces dispositions fasse obstacle à l’exercice des droits à la vie privée et à l’autonomie revendiqués par l’appelante en l’espèce. En outre, elles établissent sans doute des normes claires et explicites aux fins des déclarations provinciales. Toutefois, à mon avis, elles ne sauraient être invoquées — par « harmonisation », analogie ou autrement — pour élargir par décision judiciaire le sens des mots « enfant [qui est] mort avant [. . .] la naissance » utilisés à l’art. 243 du *Code criminel*. L’article 243, une disposition qui relève carrément de la compétence fédérale, possède un historique législatif distinct et crée un crime à des fins législatives différentes.

[16] Enfin, quelques mots sur l’élément de faute de l’art. 243 dans son application à l’enfant qui est mort avant la naissance. Le ministère public concède, avec justesse à mon avis, que la poursuite aurait le fardeau de prouver que l’accusé savait que l’enfant était mort alors qu’il serait probablement né vivant. Tout doute à cet égard obligerait à prononcer un acquittement. En outre, comme dans les cas où l’enfant meurt à la naissance ou après, la poursuite doit prouver que l’accusé a fait disparaître son cadavre « dans l’intention de cacher le fait que sa mère lui a donné naissance ».

[17] Pour ces motifs et pour les motifs qui suivent, je rejeterais le pourvoi de l’appelante devant cette Cour, je confirmerais le jugement de la Cour d’appel et je renverrais l’affaire à procès.

II

[18] Comme il a été convenu, le juge du procès a entendu et tranché la contestation constitutionnelle de l’art. 243 par l’appelante avant la présentation de la preuve. En conséquence, les faits allégués par le ministère public n’ont toujours pas été prouvés et ils ne sont provisoirement pertinents, en l’espèce, que pour établir le contexte.

[19] For present purposes, the following summary will suffice.

[20] While cleaning a recently vacated apartment, a building superintendent discovered on the balcony a bag containing the remains of a human baby. Post-mortem examination revealed that the remains were of a female delivered “at or near full term”: R.F., at para. 8. Due to the decomposition of the remains, the cause of death could not be determined and it was unknown whether there had been a live birth.

[21] Following media reports of the superintendent’s discovery, Ivana Levkovic, the appellant in this Court, attended at a police station and gave a statement to the police. She gave birth to the baby, she explained, after falling while alone in the apartment. She then placed the baby in a bag, deposited the bag on the balcony, and left the apartment. Nothing in her statement to the police suggests that the baby was alive at birth.

[22] Ms. Levkovic was charged with concealing the body of a child under s. 243 of the *Criminal Code*. She pleaded not guilty and, before any evidence was called, challenged the constitutionality of s. 243 on the ground that it is impermissibly vague in its application to a *child that died before birth*. To this extent, she submitted, s. 243 violates s. 7 of the *Charter*.

[23] The trial judge granted Ms. Levkovic’s application: (2008), 235 C.C.C. (3d) 417. He concluded that the concept of a child that died before birth is unconstitutionally vague because he could not identify the moment on the gestational spectrum when a fetus becomes the body of a child within the meaning of s. 243.

[24] To bring the provision into compliance with s. 7 of the *Charter*, the trial judge severed the word “before” from the text of the provision, thereby limiting its application to children that died either during or after birth.

[19] Aux fins des présents motifs, le résumé qui suit suffira.

[20] Alors qu’il nettoyait un appartement récemment devenu vacant, un gérant d’immeubles a découvert sur le balcon un sac contenant les restes d’un bébé humain. Un examen post-mortem a révélé qu’il s’agissait des restes d’un bébé de sexe féminin né [TRADUCTION] « à terme ou presque » : m.i., par. 8. En raison de la décomposition des restes, la cause du décès n’a pas pu être déterminée et on ignore s’il y a eu naissance vivante.

[21] Après que la découverte du gérant a été rapportée dans les médias, Ivana Levkovic, l’appelante devant la Cour, s’est rendue à un poste de police et a fait une déclaration aux policiers. Selon ses dires, elle a donné naissance au bébé après avoir fait une chute alors qu’elle se trouvait seule dans l’appartement. Elle a alors placé le bébé dans un sac, déposé le sac sur le balcon, puis quitté l’appartement. Rien dans sa déclaration aux policiers ne laisse entendre que le bébé était vivant à la naissance.

[22] M^{me} Levkovic a été accusée de suppression de part en vertu de l’art. 243 du *Code criminel*. Elle a plaidé non coupable et, avant la présentation de quelque preuve que ce soit, elle a contesté la constitutionnalité de l’art. 243 pour cause d’imprécision inacceptable dans son application à un *enfant qui est mort avant la naissance*. Dans cette mesure, a-t-elle fait valoir, l’art. 243 viole l’art. 7 de la *Charte*.

[23] Le juge du procès a accueilli la demande de M^{me} Levkovic : (2008), 235 C.C.C. (3d) 417. Il a conclu que la notion d’un enfant qui est mort avant la naissance était inconstitutionnelle pour cause d’imprécision, parce qu’il ne pouvait pas déterminer le moment, pendant la grossesse, où un fœtus devient le corps d’un enfant au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’art. 243.

[24] Pour rendre la disposition conforme à l’art. 7 de la *Charte*, le juge du procès en a retranché le mot « avant », limitant ainsi son application aux enfants qui sont morts pendant ou après la naissance.

[25] The Crown elected to call no evidence and the trial judge acquitted the appellant.

[26] The Court of Appeal allowed an appeal by the Crown, set aside the decision of the trial judge, restored the pre-birth application of s. 243, and ordered a new trial: 2010 ONCA 830, 103 O.R. (3d) 1.

[27] The Court of Appeal concluded that the trial judge had erred by applying an overly demanding standard of vagueness and in failing to apply *R. v. Berriman* (1854), 6 Cox C.C. 388 (Surrey Assizes), to his interpretation of s. 243. Relying on *Berriman*, the Court of Appeal held that a fetus becomes a child for the purpose of s. 243 upon reaching a stage in its development when, but for some external event or other circumstances, it would likely have been born alive.

[28] Ms. Levkovic now asks this Court to overrule the Court of Appeal and restore her acquittal. She raises two main grounds: (1) that the Court of Appeal erred in conducting an insufficiently contextual vagueness analysis, overlooking the full impact of s. 243 on her *Charter*-protected right to liberty and security; and (2) that the Court of Appeal erred in relying on the *chance of life* standard to uphold the constitutionality of s. 243.

III

[29] Plainly, Ms. Levkovic's prosecution under s. 243 of the *Criminal Code* engages her liberty interest under s. 7 of the *Charter*, given the risk of her incarceration upon conviction: *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, at para. 87.

[30] It is therefore unnecessary at this stage to dispose of the appellant's submission that s. 243 *also* infringes her liberty and security under s. 7 of the *Charter* because it interferes with a decision of

[25] Le ministère public a choisi de ne pas présenter de preuve et le juge du procès a acquitté l'appelante.

[26] La Cour d'appel a accueilli le pourvoi du ministère public, annulé la décision du juge du procès, rétabli l'application de l'art. 243 aux cas où la mort est survenue avant la naissance et ordonné la tenue d'un nouveau procès : 2010 ONCA 830, 103 O.R. (3d) 1.

[27] La Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en appliquant une norme d'imprécision trop rigoureuse et en n'appliquant pas l'arrêt *R. c. Berriman* (1854), 6 Cox C.C. 388 (Surrey Assizes), à son interprétation de l'art. 243. S'appuyant sur cet arrêt, la Cour d'appel a conclu qu'un fœtus devient un enfant pour l'application de l'art. 243 lorsqu'il a atteint un stade de développement où, n'eût été un événement ou d'autres circonstances extérieurs, il serait probablement né vivant.

[28] M^{me} Levkovic demande maintenant à la Cour d'infirmier le jugement de la Cour d'appel et de rétablir son acquittement. Elle soulève deux principaux motifs : (1) que la Cour d'appel a eu tort de faire une analyse insuffisamment contextuelle de l'imprécision, ne prenant pas en compte toutes les incidences de l'art. 243 sur son droit constitutionnel à la liberté et à la sécurité; (2) que la Cour d'appel a eu tort de s'appuyer sur la norme de la *chance de vivre* pour affirmer la constitutionnalité de l'art. 243.

III

[29] Manifestement, la poursuite contre M^{me} Levkovic intentée en vertu de l'art. 243 du *Code criminel* met en jeu son droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte*, vu qu'elle risque l'incarcération si elle est déclarée coupable : *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, par. 87.

[30] Il est donc inutile, à ce stade, de statuer sur l'argument de l'appelante selon lequel l'art. 243 porte *aussi* atteinte à sa liberté et à sa sécurité, garanties par l'art. 7 de la *Charte*, parce qu'il entrave une décision

fundamental personal importance: whether and how to disclose the natural end of a failed pregnancy.

[31] Accordingly, I now turn instead to consider whether s. 243, though it engages s. 7 of the *Charter*, nevertheless passes constitutional muster because it accords with the principles of fundamental justice.

IV

[32] The doctrine against vagueness is founded on two rationales: a law must provide fair notice to citizens and it must limit enforcement discretion. Understood in light of its theoretical foundations, the doctrine against vagueness is a critical component of a society grounded in the rule of law: *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at pp. 626-27; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76, at para. 16.

[33] Since long before the *Charter*, Canadian criminal law has adhered to the principle of certainty: prohibited conduct must be fixed and knowable in advance: M. Manning and P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (4th ed. 2009), at p. 76. As Glanville Williams explained in *Criminal Law: The General Part* (2nd ed. 1961), at pp. 575-76 (cited in D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (6th ed. 2011), at pp. 20-21):

. . . *Nullum crimen sine lege, Nulla poena sine lege* — that there must be no crime or punishment except in accordance with fixed, predetermined law — this has been regarded by most thinkers as a self-evident principle of justice ever since the French Revolution. The citizen must be able to ascertain beforehand how he stands with regard to the criminal law; otherwise to punish him for breach of that law is purposeless cruelty. . . .

. . . “Law” for this purpose means a body of fixed rules; and it excludes wide discretion even though that discretion be exercised by independent judges. The

qui revêt une importance personnelle fondamentale : l’opportunité et la façon de révéler la fin naturelle d’une grossesse qui a échoué.

[31] En conséquence, j’aborderai plutôt maintenant la question de savoir si l’art. 243, bien qu’il mette en jeu l’art. 7 de la *Charte*, résiste néanmoins à l’examen de sa constitutionnalité parce qu’il est conforme aux principes de justice fondamentale.

IV

[32] La règle de la nullité pour cause d’imprécision est fondée sur deux principes : une loi doit donner aux citoyens un avertissement raisonnable et elle doit limiter le pouvoir discrétionnaire de ceux qui sont chargés de son application. Comprise à la lumière de ses fondements théoriques, la règle de la nullité pour cause d’imprécision est un élément essentiel d’une société fondée sur la primauté du droit : *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 626-627; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76, par. 16.

[33] Depuis fort longtemps avant la *Charte*, le principe de certitude fait partie du droit criminel canadien : le comportement prohibé doit être fixé et susceptible d’être connu d’avance : M. Manning et P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law* (4^e éd. 2009), p. 76. Comme l’a expliqué Glanville Williams dans *Criminal Law : The General Part* (2^e éd. 1961), p. 575-576 (cité dans D. Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (6^e éd. 2011), p. 20-21) :

[TRADUCTION] . . . *Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* — il n’y a ni crime ni peine, si ce n’est en conformité avec une loi établie et prédéterminée — cette maxime est considérée par la plupart des penseurs depuis la Révolution française comme un principe de justice allant de soi. Le citoyen doit être en mesure de connaître préalablement sa position en regard du droit criminel. Autrement, il serait inutilement cruel de le punir pour avoir enfreint cette loi. . . .

. . . Dans cette maxime, la « loi » s’entend d’un ensemble de règles fixes; elle n’admet pas le pouvoir discrétionnaire étendu, quand bien même ce pouvoir est

principle of legality involves rejecting “criminal equity” as a mode of extending the law.

[34] This does not mean that an individual must know with certainty whether a particular course of conduct will ultimately result in a conviction of the crime that prohibits such conduct. What it does mean is that the essential elements of the crime must be ascertainable in advance. If an accused must wait “until a court decides what the contours and parameters of the offence are then the accused is being treated unfairly and contrary to the principles of fundamental justice”: Manning, at pp. 75-76.

[35] Individuals are nonetheless expected to refrain from conduct that tests the boundaries of criminal law lest they bear the consequences of the risk they have knowingly assumed: see *Canadian Foundation for Children*, at para. 42. Understandably, the appellant acknowledges that the Constitution contemplates a necessary degree of imprecision in this regard. She submits, however, that such imprecision is unconstitutional if it requires individuals to refrain from constitutionally protected conduct.

[36] The appellant argues that s. 243 must explicitly draw a dividing line between miscarriages and stillbirths lest a woman feel compelled by her uncertainty to give up more of her *Charter*-protected privacy than necessary. In effect, the appellant urges the Court to modify the well-established vagueness standard by introducing an additional factor into the vagueness analysis: the potential chilling impact of the impugned provision on *Charter*-protected interests. I would decline this invitation to vary the governing analytical framework established by the Court.

[37] The rule against unconstitutional vagueness is primarily intended to assure the intelligibility of the criminal law to those who are subject to its sanctions and to those who are charged with its enforcement. As this Court stated in *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, at para. 82:

exercé par des juges indépendants. Le principe de légalité implique le rejet de l’« équité en matière criminelle » comme moyen d’élargir la loi établie.

[34] Cela ne veut pas dire qu’une personne doit savoir avec certitude si un comportement particulier donnera lieu en définitive à une déclaration de culpabilité pour le crime qui prohibe ce comportement. Toutefois, il faut qu’elle soit en mesure de connaître préalablement les éléments essentiels du crime. Si un accusé doit attendre [TRADUCTION] « qu’un tribunal décide de l’étendue d’une infraction, il est alors traité de façon injuste et contraire aux principes de justice fondamentale » : Manning, p. 75-76.

[35] On s’attend toutefois à ce que les individus s’abstiennent d’adopter une conduite qui mette à l’épreuve les lignes de démarcation du droit criminel, sous peine de subir les conséquences du risque qu’ils ont sciemment assumé : voir *Canadian Foundation for Children*, par. 42. Comme on peut bien le comprendre, l’appelante reconnaît que la Constitution envisage un degré nécessaire d’imprécision à cet égard. Cependant, elle prétend que cette imprécision est inconstitutionnelle si elle oblige quelqu’un à s’abstenir d’adopter une conduite protégée par la Constitution.

[36] L’appelante plaide que l’art. 243 doit explicitement tracer une ligne de démarcation entre les fausses couches et les mortinaissances, faute de quoi une femme se sentira contrainte par son incertitude de renoncer à une plus grande part qu’il n’en faut de sa vie privée protégée par la *Charte*. De fait, l’appelante invite la Cour à modifier la norme bien établie en matière d’imprécision en introduisant un facteur supplémentaire dans l’analyse qui en est faite : l’effet potentiellement paralysant de la disposition attaquée sur les droits protégés par la *Charte*. Je déclinerais cette invitation à modifier le cadre d’analyse applicable établi par la Cour.

[37] La règle de l’imprécision constitutionnelle a pour principal objectif d’assurer l’intelligibilité du droit criminel pour ceux qui sont assujettis à ses sanctions et ceux qui sont chargés de son application. Comme la Cour l’a affirmé au par. 82 de l’arrêt *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031 :

In the context of vagueness, proportionality plays no role in the analysis. There is no need to compare the purpose of the law with its effects (as in overbreadth) A court is required to perform its interpretive function, in order to determine whether an impugned provision provides the basis for legal debate.

[38] This does not mean that the impact of s. 243 on a woman's privacy interests is irrelevant to its constitutionality. However, it is important to maintain the analytical distinction between true vagueness and the additional vagueness concern raised by the appellant. The latter, in my view, is more appropriately considered an aspect of overbreadth and dealt with in that context. As the respondent rightly points out, failing to do so would create a "lopsided" analysis that "takes account of individual interests . . . without equal regard to the law's objectives": R.F., at para. 63.

[39] As this Court held in *Nova Scotia Pharmaceutical*, "once the minimal general standard has been met, any further arguments as to the precision of the enactments should be considered at the 'minimal impairment' stage of s. 1 analysis" (p. 643). Or, in this case, where no *Charter* violation has yet been established and there is therefore no need to consider s. 1, additional precision-based arguments relating to the scope of the provision should be considered in an overbreadth analysis.

[40] Where a law meets the minimum standard of precision required by the *Charter*, it may nevertheless by "[g]enerality and imprecision of language . . . fail to confine the invasion of a *Charter* right within reasonable limits. In this sense vagueness is an aspect of overbreadth": *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, at pp. 94-95.

[41] Given that the appellant's overbreadth arguments were rejected by both courts below and not

Dans le contexte de l'imprécision, le facteur de la proportionnalité n'a aucun rôle à jouer dans l'analyse. Il n'est pas nécessaire de comparer l'objet de la loi à ses effets (comme ce serait le cas pour la portée excessive) [. . .] Le tribunal doit s'acquitter de sa fonction d'interprétation afin de déterminer si la disposition attaquée fournit un fondement pour un débat judiciaire.

[38] Ceci ne veut pas dire que l'incidence de l'art. 243 sur le droit d'une femme à la vie privée soit sans rapport avec sa constitutionnalité. Toutefois, il est important de garder distinctes les analyses que commandent respectivement l'imprécision véritable et la crainte additionnelle d'imprécision soulevée par l'appelante. À mon avis, il convient davantage de considérer cette imprécision additionnelle comme un aspect de la portée excessive et d'en traiter dans ce contexte. Comme l'a souligné à juste titre l'intimée, faire autrement aurait pour effet de procéder à une analyse [TRADUCTION] « déséquilibrée » qui « prend en compte les droits individuels [. . .] sans prendre tout autant en compte les objectifs de la loi » : m.i., par. 63.

[39] Comme la Cour a statué dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical*, « si on a respecté la norme générale minimale, on devrait examiner tous les autres arguments relatifs à la précision des textes de loi à l'étape de l'étude de l'"atteinte minimale" de l'analyse fondée sur l'article premier » (p. 643). Cela dit, en l'espèce, où aucune violation de la *Charte* n'a encore été établie, si bien qu'il n'est pas nécessaire de considérer l'article premier, les arguments supplémentaires fondés sur la précision ayant trait à la portée de la disposition devraient être examinés dans le contexte d'une analyse de la portée excessive.

[40] Lorsqu'une loi satisfait à la norme minimale de précision prescrite par la *Charte*, elle peut néanmoins, « [par sa] généralité [. . .] ainsi que l'imprécision de ses termes [faire] que l'atteinte portée à un droit garanti par la *Charte* ne soit pas maintenue dans des limites raisonnables. À cet égard, l'imprécision est un élément de la portée excessive » : *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, p. 95.

[41] Vu que les arguments de l'appelante fondés sur la portée excessive ont été rejetés par les deux

raised on this appeal, there is no proper basis to revisit the issue here.

[42] I turn then to the question at the heart of this appeal: Does s. 243 sufficiently limit enforcement discretion and provide citizens with fair notice of the type of conduct that risks criminal sanction? As mentioned at the outset, I believe that it does.

V

[43] Section 243 states:

243. Every one who in any manner disposes of the dead body of a child, with intent to conceal the fact that its mother has been delivered of it, whether the child died before, during or after birth, is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years.

[44] A plain reading of its text makes clear that s. 243 is focused on the event of birth. The phrase “before, during or after birth” leaves no room for doubt in this regard. Indeed the parties agree that in its application to a *child that died before birth*, s. 243 applies only to stillbirths — not to miscarriages or abortions: see A.F., at paras. 3-4.

[45] Despite this clear connection to the event of birth, the appellant argues that the word “before” renders s. 243 vague because it does not clearly distinguish a birth from a miscarriage. In other words, a woman may not know whether she has miscarried and is therefore outside the scope of s. 243, or has instead experienced a stillbirth and may therefore be caught by s. 243. From the appellant’s perspective, the transition point between miscarriage and stillbirth is critical. It represents the moment when a fetus becomes a child and therefore delineates the boundary between permissible and criminal conduct: only the concealment of the body of a child is caught by s. 243.

juridictions inférieures et qu’ils n’ont pas été soulevés dans le présent pourvoi, il n’y a pas lieu de revenir ici sur cette question.

[42] J’aborde maintenant la question qui est au cœur du présent pourvoi : L’article 243 limite-t-il suffisamment le pouvoir discrétionnaire quant à son application et prévient-il raisonnablement les citoyens du type de comportement qui peut entraîner des sanctions pénales? Comme je l’ai mentionné dès le début, je crois que oui.

V

[43] L’article 243 dispose :

243. Est coupable d’un acte criminel et passible d’un emprisonnement maximal de deux ans quiconque, de quelque manière, fait disparaître le cadavre d’un enfant dans l’intention de cacher le fait que sa mère lui a donné naissance, que l’enfant soit mort avant, pendant ou après la naissance.

[44] Selon le sens ordinaire de ce texte, il est clair que l’art. 243 est axé sur l’événement de la naissance. L’expression « avant, pendant ou après la naissance » ne laisse aucun doute à cet égard. De fait, les parties s’entendent pour dire que dans son application à un *enfant qui est mort avant la naissance*, l’art. 243 ne s’applique qu’aux mortinaissances — et non aux fausses couches ou aux avortements : voir m.a., par. 3-4.

[45] Malgré ce lien clair avec l’événement de la naissance, l’appelante plaide que le mot « avant » rend l’art. 243 imprécis parce qu’il ne fait pas de distinction claire entre une naissance et une fausse couche. Autrement dit, selon elle, il se peut qu’une femme ne sache pas si elle a fait une fausse couche, et n’est donc pas visée par l’art. 243, ou si elle a plutôt accouché d’un mort-né, auquel cas elle peut être visée par cette disposition. Du point de vue de l’appelante, le point de transition entre la fausse couche et la mortinaissance est capital. Il représente le moment où un fœtus devient un enfant et marque la limite entre ce qui est permis et ce qui est criminel : seul le fait de cacher le cadavre d’un enfant est visé par l’art. 243.

[46] Thus, the central vagueness question is whether s. 243 sufficiently identifies the moment on the gestational spectrum when a miscarriage becomes a stillbirth. The answer to this question does not lie entirely and exclusively in the text of s. 243.

[47] A court can conclude that a law is unconstitutionally vague only after exhausting its interpretive function. The court “must first develop the full interpretive context surrounding an impugned provision”: *Canadian Pacific*, at paras. 47 and 79.

[48] To develop a provision’s “full interpretive context”, this Court has considered: (i) prior judicial interpretations; (ii) the legislative purpose; (iii) the subject matter and nature of the impugned provision; (iv) societal values; and (v) related legislative provisions: *Canadian Pacific*, at paras. 47 and 87.

[49] Relevant jurisprudence as to the scope of this offence dates back over 150 years to the English case of *Berriman*. Ms. Berriman was charged with concealing the birth of her child. The police linked Ms. Berriman to the “half calcined” bones of a baby with a gestational age of seven to nine months. Erle J. instructed the jury not to convict if the fetus could have had no “chance of life”:

This offence cannot be committed unless the child had arrived at that stage of maturity at the time of birth, that it might have been a living child. It is not necessary that it should have been born alive, but it must have reached a period when, but for some accidental circumstances, such as disease on the part of itself or of its mother, it might have been born alive. There is no law which compels a woman to proclaim her own want of chastity, and if she had miscarried at a time when the foetus was but a few months old, and therefore could have had no chance of life, you could not convict her upon this charge. No specific limit can be assigned to the period when the chance of life begins, but it may, perhaps, be safely assumed that under seven months the great probably [*sic*] is that the child would not be born alive. [p. 390]

[46] Dans cette optique, la question centrale en matière d'imprécision est celle de savoir si l'art. 243 identifie suffisamment le moment de la grossesse où une fausse couche devient une mortinaissance. La réponse à cette question ne se trouve pas entièrement et exclusivement dans le libellé de l'art. 243.

[47] Un tribunal ne peut conclure qu'une loi est d'une imprécision inconstitutionnelle qu'après avoir épuisé les possibilités rattachées à sa fonction d'interprétation. Le tribunal « doit d'abord circonscrire tout le contexte interprétatif entourant la disposition attaquée » : *Canadien Pacifique*, par. 47 et 79.

[48] Dans le passé, pour circonscrire « tout le contexte interprétatif » d'une disposition, la Cour a considéré : (i) les interprétations judiciaires antérieures; (ii) l'objectif législatif; (iii) le contenu et la nature de la disposition attaquée; (iv) les valeurs sociales en jeu; (v) les dispositions législatives connexes : *Canadien Pacifique*, par. 47 et 87.

[49] La jurisprudence pertinente quant à la portée de cette infraction remonte à l'arrêt anglais *Berriman*, rendu il y a plus de 150 ans. M^{me} Berriman avait été accusée d'avoir caché la naissance de son enfant. La police avait lié M^{me} Berriman aux ossements [TRADUCTION] « à moitié calcinés » d'un bébé dont l'âge gestationnel se situait entre sept et neuf mois. Le juge Erle avait ordonné au jury de ne pas prononcer un verdict de culpabilité si le fœtus n'avait eu aucune [TRADUCTION] « chance de vivre » :

[TRADUCTION] Cette infraction ne peut être commise à moins que l'enfant n'ait atteint un stade de maturité à la naissance qui lui eut permis d'être un enfant vivant. Il n'est pas nécessaire qu'il soit né vivant, mais il doit avoir atteint un stade où, n'eût été des circonstances accidentelles, par exemple une maladie chez lui ou chez sa mère, il aurait pu naître vivant. Aucune loi n'oblige une femme à proclamer son propre manque de chasteté, et si elle avait fait une fausse couche à un stade où le fœtus n'avait que quelques mois, si bien qu'il n'avait eu aucune chance de vivre, vous ne pourriez pas la déclarer coupable de cette accusation. Aucune limite précise ne peut être attribuée à la période au terme de laquelle il commence à y avoir une chance de vivre, mais on peut peut-être présumer sans risque de se tromper qu'à moins de sept mois, il est fort probable que l'enfant ne naîtrait pas vivant. [p. 390]

[50] According to this test, an accused could only be convicted of child concealment if he or she, with the intent to conceal its birth, disposed of the body of a child that had reached a point of development where, “but for some accidental circumstances . . . it might have been born alive”.

[51] *Berriman* suggests that an unborn child of at least seven months is more likely than not to be born alive. By setting seven months as a guideline — rather than a bright line — the court in that case recognized that a child’s chance of being born alive will generally increase along the gestational spectrum but is not necessarily predictable based on the gestational age of the fetus alone.

[52] I would in any case hesitate to import into s. 243 a fixed threshold based on gestational age that Parliament has so far chosen to omit.

[53] In my view, s. 243 is informed by *Berriman*.

[54] However, where Erle J. found it sufficient in *Berriman* that the fetus “*might* have been born alive”, I would adopt a *likelihood* requirement instead. I agree with the Court of Appeal that, for the purposes of s. 243, a fetus becomes a child when the fetus “has reached a stage in its development when, but for some external event or other circumstances, it would *likely* have been born alive” (para. 115 (emphasis added)).

[55] This “likelihood” standard best comports with the late term focus of s. 243 and thus affords greater certainty in its application.

[56] To support a conviction under s. 243, it must be shown that the “remains” disposed of were the remains of a child. In cases involving death before birth, the burden is therefore on the Crown to prove that the fetus would likely have been born alive.

[50] Selon ce critère, un accusé ne pourrait être déclaré coupable de suppression de part, dans l’intention de cacher la naissance d’un enfant, que s’il a fait disparaître le cadavre d’un enfant qui avait atteint un stade de développement où « n’eût été des circonstances accidentelles [. . .] il aurait pu naître vivant ».

[51] L’arrêt *Berriman* laisse entendre qu’il est plus probable qu’improbable qu’un enfant non encore né d’au moins sept mois naisse vivant. En fixant, dans cette affaire, l’âge de sept mois à titre indicatif — plutôt qu’à titre de ligne de démarcation nette — la cour a reconnu que la chance qu’un enfant naisse vivant augmentera généralement au cours de la grossesse, mais qu’elle n’est pas nécessairement prévisible sur le seul fondement de l’âge gestationnel du fœtus.

[52] En tout état de cause, j’hésiterais à incorporer dans l’art. 243 un seuil fixe fondé sur l’âge gestationnel que le législateur a jusqu’ici choisi d’omettre.

[53] À mon avis, l’interprétation de l’art. 243 doit tenir compte de l’arrêt *Berriman*.

[54] Toutefois, là où le juge Erle a estimé suffisant dans l’arrêt *Berriman* que le fœtus [TRADUCTION] « *ait pu* naître vivant », je préconise plutôt l’adoption d’une exigence de *probabilité*. Je suis d’accord avec la Cour d’appel que, pour l’application de l’art. 243, un fœtus devient un enfant lorsqu’il [TRADUCTION] « a atteint un stade de son développement où, n’eût été un événement ou des circonstances extérieures, l’enfant serait *probablement* né vivant » (par. 115 (italiques ajoutés)).

[55] Ce critère de la « probabilité » convient le mieux, compte tenu de l’accent que met l’art. 243 sur la fin de la grossesse, et procure donc une plus grande certitude quant à son application.

[56] Pour mener à une déclaration de culpabilité en application de l’art. 243, il faut prouver que les « restes » que l’on a fait disparaître étaient les restes d’un enfant. Dans les cas où la mort est survenue avant la naissance, le ministère public a donc le fardeau de prouver que le fœtus serait probablement né vivant.

[57] This brings me to another important aspect of a full contextual interpretation of s. 243: its legislative purpose and context.

[58] The parties agree that s. 243 is largely concerned with facilitating the investigation of homicides. In order to do so, s. 243 must cover potential victims of homicide.

[59] Pursuant to s. 222(1), the homicide provisions of the *Criminal Code* apply only when the victim is a human being. And pursuant to s. 223(1) of the *Code*, a child becomes a human being “when it has completely proceeded, in a living state, from the body of its mother, whether or not (a) it has breathed; (b) it has an independent circulation; or (c) the navel string is severed”.

[60] In order to facilitate the investigation of homicides, s. 243 must therefore apply to children that were either born alive or were likely to be born alive and thus capable of satisfying the *Criminal Code* definition of a human being in s. 223(1). As the trial judge reasoned at para. 156:

. . . allowing persons to conduct themselves as though pregnancy terminated in still-birth, and to say so if challenged, all without reliable government certification, amounts to an easy and unacceptable escape for those inclined to eliminate a new-born infant by killing it. Unchecked and unreviewable disposal of a still-born child effectively defeats the state’s ability to verify that death preceded live birth.

[61] Accordingly, a *likelihood* approach to s. 243 — that is, requiring evidence that the child would likely have been born alive — serves its goal of facilitating the investigation of potential homicides.

[62] That said, to fully achieve its purpose, s. 243 must also facilitate the investigation of ss. 238 and 242, which both contemplate the death of a child that has not yet become a human being within the meaning of s. 223(1) of the *Criminal Code*.

[57] Ceci m’amène à un autre aspect important d’une interprétation contextuelle exhaustive de l’art. 243 : son objectif et son contexte législatifs.

[58] Les parties conviennent que l’art. 243 vise principalement à faciliter les enquêtes sur les homicides. Pour ce faire, l’art. 243 doit porter sur les victimes éventuelles d’homicide.

[59] Selon le par. 222(1), les dispositions du *Code criminel* en matière d’homicide ne s’appliquent que lorsque la victime est un être humain. Aux termes du par. 223(1) du *Code*, un enfant devient un être humain « lorsqu’il est complètement sorti, vivant, du sein de sa mère : a) qu’il ait respiré ou non; b) qu’il ait ou non une circulation indépendante; c) que le cordon ombilical soit coupé ou non ».

[60] Pour faciliter les enquêtes sur les homicides, l’art. 243 doit donc s’appliquer aux enfants qui sont nés vivants ou qui seraient probablement nés vivants, si bien qu’ils étaient susceptibles d’être visés par la définition d’un être humain donnée au par. 223(1) du *Code criminel*. Comme l’a expliqué le juge du procès au par. 156 :

[TRADUCTION] . . . permettre aux gens de se comporter comme si la grossesse s’était soldée par une mortinaissance, et de l’affirmer en cas de contestation, le tout sans certification fiable de l’État, équivaut à donner une échappatoire facile et inacceptable aux personnes enclines à éliminer un nouveau-né en le tuant. En faisant disparaître un enfant mort-né sans le moindre contrôle, on prive effectivement l’État de la capacité de vérifier que le décès précédait une naissance vivante.

[61] Par conséquent, l’application du critère de la *probabilité* à l’art. 243 — soit, exiger la preuve que l’enfant serait probablement né vivant — permet d’atteindre son objectif, c’est-à-dire faciliter les enquêtes sur les homicides éventuels.

[62] Cela dit, pour atteindre pleinement son objectif, l’art. 243 doit également faciliter les enquêtes en application des art. 238 et 242, deux dispositions qui visent le décès d’un enfant qui n’est pas encore devenu un être humain au sens du par. 223(1) du *Code criminel*.

[63] Section 238 prohibits killing an unborn child in the act of birth and s. 242 proscribes the failure to obtain assistance in childbirth, resulting in permanent injury or death immediately before, during, or a short time after birth.

[64] To facilitate the investigation of these offences, the pre-birth application of s. 243 is appropriately limited to fetuses that were likely to have been born alive — that is children, not fetuses that were miscarried.

[65] This *likelihood* approach is also consistent with s. 662(4) of the *Criminal Code*, which, on a charge of murder or infanticide, permits a conviction under s. 243 where neither murder nor infanticide is made out, but the evidence proves the requisite elements of s. 243.

[66] When considered in light of s. 662(4), it is clear that the pre-birth application of s. 243 is not intended to reach back beyond the delivery of a child that would likely have been born alive. Rather, its application to a child that died before birth simply ensures that the law can respond to criminal conduct against newly born infants in cases where the evidence does not establish that death occurred post-birth.

[67] By facilitating the investigation of the offences discussed above, s. 243 ultimately serves to protect children born alive and a subset of children that died before birth. The parties agree that Parliament can properly legislate with respect to both. As we have seen, the appellant explicitly concedes that Parliament may “enact legislation which has application to the concealment of a fetus at some stages of development prior to live birth”.

[68] With regard to newly born children, the importance of s. 243 is clear. As expressed in the

[63] L'article 238 interdit de tuer, au cours de la mise au monde, un enfant non encore né et l'art. 242 proscrie la négligence d'obtenir de l'aide lors de la naissance d'un enfant, avec pour conséquence que l'enfant, par-là, subit une lésion permanente ou meurt immédiatement avant, pendant ou peu de temps après sa naissance.

[64] Pour faciliter les enquêtes sur ces infractions, l'application de l'art. 243 en cas de mort avant la naissance se limite à juste titre aux fœtus qui seraient probablement nés vivants, soit à des enfants, et non à des fœtus victimes de fausses couches.

[65] L'application de ce critère de la *probabilité* est également compatible avec le par. 662(4) du *Code criminel* qui, lorsqu'une accusation de meurtre ou d'infanticide est portée, permet une déclaration de culpabilité en vertu de l'art. 243 lorsque la preuve ne permet d'établir ni le meurtre ni l'infanticide, mais les éléments requis de l'infraction visée à l'art. 243.

[66] Vu le par. 662(4), il est clair que l'application de l'art. 243 en cas de mort avant la naissance ne vise pas à remonter au-delà de l'accouchement d'un enfant qui serait probablement né vivant. Son application à un enfant mort avant la naissance garantit simplement plutôt que le droit peut sanctionner un comportement criminel perpétré contre des nouveau-nés dans les cas où la preuve n'établit pas que la mort est survenue après la naissance.

[67] En facilitant les enquêtes sur les infractions dont je viens de discuter, l'art. 243 sert en définitive à protéger les enfants nés vivants et un sous-ensemble d'enfants morts avant la naissance. Les parties conviennent que le législateur peut légiférer quant à ces deux groupes d'enfants. Comme nous l'avons vu, l'appelante admet explicitement que le législateur peut [TRADUCTION] « adopter des lois qui s'appliquent à la suppression d'un fœtus à certaines étapes du développement avant la naissance d'un enfant vivant ».

[68] En ce qui a trait aux enfants nouveau-nés, l'importance de l'art. 243 est claire. Comme il a été

Goudge Report, vol. 1, at p. 4,² society is gravely concerned with investigating offences committed against society's youngest:

For the community itself, the death of a child in criminally suspicious circumstances is deeply disturbing. Children are the community's most precious and most defenceless asset. The sense of outrage and the urgent need to understand what happened are overwhelming.

[69] Bearing its purposes in mind, the pre-birth application of s. 243 is appropriately limited to fetuses that were likely to have been born alive. In the words of the respondent, the crime of concealment is "limited by the clear late term focus of the offences s. 243 is supporting": R.F., at para. 50.

[70] The appellant argues, however, that even if we describe a *child that died before birth* as a fetus that would likely have been born alive, s. 243 remains vague because an accused is dependent on expert medical evidence to know whether a fetus was, in fact, likely to have been born alive.

[71] Indeed, the doctrine against vagueness cannot be satisfied by inaccessible laws. It is not enough for laws to provide guidance to legal experts; laws, as judicially interpreted, must be sufficiently intelligible to guide ordinary citizens on how to conduct themselves within legal boundaries. As McLachlin C.J. explained in *Mabior* (in a passage more fully set out above): "It is a fundamental requirement of the rule of law that a person should be able to predict whether a particular act constitutes a crime at the time he commits the act" (para. 14).

[72] Nonetheless, reliance on expert evidence is not necessarily fatal to the constitutionality of a provision. Section 243 is by no means the only offence that relies on expert evidence to determine whether an offence was committed. For example,

dit dans le *Rapport Goudge*, vol. 1, p. 4², la société tient profondément à enquêter sur les infractions commises contre les plus jeunes de ses membres :

Pour la collectivité elle-même, la mort d'un enfant dans des circonstances suspectes est profondément troublante. Les enfants en sont l'actif le plus précieux et le plus impuissant. Le sentiment d'intense indignation et le besoin urgent de comprendre ce qui s'est produit sont insurmontables.

[69] Compte tenu de ces objectifs, l'application de l'art. 243 en cas de mort avant la naissance est adéquatement limitée aux fœtus qui seraient probablement nés vivants. Comme l'a dit l'intimée, le crime de suppression de part est [TRADUCTION] « circonscrit du fait que les infractions que soutient l'art. 243 mettent clairement l'accent sur la fin de la grossesse » : m.i., par. 50.

[70] Toutefois, l'appelante plaide que même si nous décrivons l'*enfant qui est mort avant la naissance* comme un fœtus qui serait probablement né vivant, l'art. 243 demeure imprécis parce qu'un accusé doit faire appel à une expertise médicale pour savoir si le fœtus serait, dans les faits, probablement né vivant.

[71] Il est vrai que les lois inaccessibles ne peuvent satisfaire à la règle de la nullité pour cause d'imprécision. Il ne suffit pas que les lois servent de guide aux juristes : elles doivent, tel qu'elles sont interprétées par les tribunaux, être suffisamment intelligibles pour indiquer aux citoyens ordinaires comment se comporter à l'intérieur de limites légales. Comme la juge en chef McLachlin l'a expliqué dans un extrait de *Mabior* (cité plus longuement précédemment) : « L'une des exigences fondamentales de la règle de droit veut qu'une personne puisse savoir qu'un acte est criminel avant de l'accomplir » (par. 14).

[72] Il n'en demeure pas moins que le fait de devoir s'appuyer sur une preuve d'expert n'est pas nécessairement fatal à la constitutionnalité d'une disposition. L'article 243 crée une infraction qui est loin d'être la seule à requérir une preuve d'expert

² *Inquiry into Pediatric Forensic Pathology in Ontario: Report* (2008) (the "*Goudge Report*").

² *Commission d'enquête sur la médecine légale pédiatrique en Ontario : Rapport* (2008) (le « *Rapport Goudge* »).

without the benefit of a breathalyser, individuals may not know whether they have consumed an amount of alcohol that would bring them over the legal limit. Similarly, in some murder cases an accused may not know, without expert medical evidence, whether his or her conduct actually caused the victim's death.

[73] Expert evidence cannot serve to define the elements of an offence, but only to help the court determine whether the elements are made out on the facts of a particular charge. In the case of s. 243, expert evidence can thus be relied on to establish as a matter of fact that the disposed-of remains were those of a child that was likely to be born alive — an essential element of the offence.

[74] Even if s. 243 provided a detailed description of the precise moment on the gestational spectrum where a miscarriage becomes a stillbirth, as the appellant suggests it should, medical evidence would often be required in any event. For example, if s. 243 stated that the concealment offence only applies to a child that died before birth where the gestational age is over seven months, what additional certainty would that give a woman who was unsure of the date of conception? In such a case, expert medical evidence regarding gestational age would be required to ascertain whether s. 243 would capture a decision to keep a failed pregnancy private.

[75] Similarly, if the word “before” were severed from s. 243, making it only applicable to a child that died during or after birth, a woman remains dependent on medical evidence to determine whether her conduct would fall within s. 243. As the trial judge noted: “A mother may not be in the best position to know whether her new-born is alive or dead . . .” (para. 83). He went on to explain, at para. 145:

Where a woman who has given birth mistakenly believes the child to be dead and disposes of the body intending to conceal its birth as opposed to notifying the relevant authorities, there is no opportunity to correct

pour déterminer si elle a été commise. Par exemple, celui qui n'a pas recours à un alcootest ne saura peut-être pas s'il a consommé une quantité d'alcool qui excède la limite légale. Pareillement, dans certaines affaires de meurtre, un accusé ne saura peut-être pas, sans expertise médicale, si sa conduite a véritablement causé la mort de la victime.

[73] Une preuve d'expert ne peut servir à définir les éléments d'une infraction : elle peut seulement aider la cour à déterminer si les éléments d'une accusation en particulier ont été établis. Dans le cas de l'art. 243, on peut ainsi s'appuyer sur une preuve d'expert pour établir au regard des faits que les restes que l'on a fait disparaître étaient ceux d'un enfant qui serait probablement né vivant — un élément essentiel de l'infraction.

[74] Même si l'art. 243 prévoyait une description détaillée du moment précis, pendant la grossesse, où une fausse couche devient une mortinaissance, comme il devrait le faire selon l'appelante, une preuve médicale serait souvent nécessaire, de toute façon. Par exemple, si l'art. 243 disposait que l'infraction de suppression de part ne s'appliquait que dans le cas d'un enfant qui est mort avant la naissance à un âge gestationnel supérieur à sept mois, quelle certitude supplémentaire cela donnerait-il à une femme qui n'est pas certaine de la date de conception? Dans un tel cas, une expertise médicale portant sur l'âge gestationnel serait nécessaire pour savoir si l'art. 243 viserait une décision de tenir secrète une grossesse qui a échoué.

[75] Pareillement, si le mot « avant » était retranché de l'art. 243, de sorte que la disposition ne serait applicable qu'à un enfant qui est mort pendant ou après la naissance, une femme dépendrait quand même de la preuve médicale pour déterminer si sa conduite tombe sous le coup de l'art. 243. Comme l'a fait remarquer le juge du procès : [TRADUCTION] « Une mère n'est peut-être pas à même de savoir si son nouveau-né est vivant ou mort . . . » (par. 83). Il a poursuivi ainsi sa réflexion, au par. 145 :

[TRADUCTION] Lorsqu'une femme qui a donné naissance croit à tort que l'enfant est mort et fait disparaître le cadavre dans l'intention de cacher la naissance, au lieu d'aviser les autorités compétentes, il n'y a aucune

the mother's "mistake" and save the child (see *R. v. Bryan* (1959), 123 C.C.C. 160 (Ont. C.A.) — mother erroneously believed child to be still-born, disposed of body down garbage chute; baby subsequently dying in incinerator).

[76] Accordingly, under the severed version adopted by the trial judge that would apply only to deaths that occur during or after birth, medical evidence would still be required; it would simply relate to the time of death instead of fetal development. Clearly, it is the subject matter, rather than the imprecision of the law, that gives rise to the need for expert medical evidence.

[77] Finally, the state's interest in late-term failed pregnancies is both ascertainable and well established. Stillbirths are highly regulated by provincial and territorial legislation: see R.F., at Appendix D. The regulations in all provinces and territories impose some kind of positive obligation to disclose failed pregnancies where the gestational age is 20 weeks or more or where the fetus weighs 500 grams or more: see, for example, *Vital Statistics Act*, ss. 1 and 9.1; and associated regulations under R.R.O. 1990, Reg. 1094, s. 20.

[78] The foregoing contextual and purposive analysis persuades me that s. 243 meets the minimum standard of precision required by the *Charter*. In its application to a *child that died before birth*, s. 243 only captures the delivery of a child that was likely to be born alive.

[79] And I recall in this context that a conviction would only lie where the Crown proves that the child, to the knowledge of the accused, would likely have been born alive.

VI

[80] For all the foregoing reasons, I have concluded that s. 243 does not violate s. 7 of the *Charter*.

possibilité de corriger l'« erreur » de la mère et de sauver l'enfant (voir *R. c. Bryan* (1959), 123 C.C.C. 160 (C.A. Ont.) — une affaire dans laquelle la mère croyait à tort que son enfant était mort-né et a fait disparaître le cadavre dans un vide-ordures; le bébé est mort par la suite dans un incinérateur).

[76] Par conséquent, selon la version amputée de la disposition en cause adoptée par le juge du procès — qui ne s'appliquerait qu'aux décès qui se produisent pendant ou après la naissance — il faudrait quand même une preuve médicale qui servirait toutefois simplement à établir le moment du décès, plutôt que le stade du développement fœtal. Manifestement, c'est la teneur de la loi, plutôt que son imprécision, qui donne lieu à la nécessité de faire appel à une expertise médicale.

[77] Enfin, l'intérêt de l'État à l'égard des grossesses qui ont échoué peu de temps avant terme est à la fois identifiable et bien établi. Les mortinaissances sont rigoureusement réglementées par la législation provinciale et territoriale : voir m.i., annexe D. Les règlements de toutes les provinces et des territoires imposent une certaine forme d'obligation positive de révéler les grossesses qui ont échoué lorsque l'âge gestationnel atteint 20 semaines ou plus ou lorsque le poids du fœtus atteint 500 grammes ou plus : voir, par exemple, la *Loi sur les statistiques de l'état civil*, art. 1, 9.1 et son règlement d'application, R.R.O. 1990, Règl. 1094, art. 20.

[78] L'analyse contextuelle et téléologique qui précède me convainc que l'art. 243 satisfait à la norme minimale de précision prescrite par la *Charte*. Dans son application à un *enfant qui est mort avant la naissance*, l'art. 243 ne vise que la naissance d'un enfant qui serait probablement né vivant.

[79] Je rappelle en outre que dans ce contexte, une déclaration de culpabilité ne pourrait être prononcée que si le ministère public établissait que l'enfant, à la connaissance de l'accusé, serait probablement né vivant.

VI

[80] Pour tous les motifs qui précèdent, je conclus que l'art. 243 ne viole pas l'art. 7 de la *Charte*.

Section 243 gives women — and men — fair notice that they risk prosecution and conviction if they dispose of the remains of a child born at or near full term with intent to conceal the fact that its mother had been delivered of it. And s. 243 limits with sufficient clarity the discretion of those charged with its enforcement. There is thus no need to conduct a s. 1 analysis.

[81] I would therefore dismiss the appeal and affirm the order for a new trial.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto; Doucette Boni Santoro, Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Ontario, Toronto.

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

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Henein & Associates, Toronto.

L'article 243 prévient raisonnablement les femmes — et les hommes — qu'ils risquent d'être poursuivis et déclarés coupables s'ils font disparaître les restes d'un enfant né à terme ou presque dans l'intention de cacher le fait que sa mère lui a donné naissance. De plus, l'art. 243 circonscrit avec suffisamment de clarté le pouvoir discrétionnaire de ceux qui sont chargés de son application. Il n'est donc pas nécessaire de procéder à une analyse fondée sur l'article premier.

[81] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance visant la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto; Doucette Boni Santoro, Toronto.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

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

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Henein & Associates, Toronto.