

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Henry Morgentaler *Respondent*

and

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

INDEXED AS: R. v. MORGENTALER

File No.: 22578.

1993: February 4; 1993: September 30.

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

ON APPEAL FROM THE NOVA SCOTIA SUPREME  
COURT, APPEAL DIVISION

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

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

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

<sup>a</sup> Henry Morgentaler *Intimé*

et

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

RÉPERTORIÉ: R. c. MORGENTALER

N° du greffe: 22578.

<sup>d</sup> 1993: 4 février; 1993: 30 septembre.

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

<sup>e</sup> EN APPEL DE LA SECTION D'APPEL DE LA COUR  
SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

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

En mars 1989, afin d'empêcher l'établissement de cli-  
niques d'avortement autonomes à Halifax, le gouverne-  
ment de la Nouvelle-Écosse a approuvé des règlements  
qui interdisaient de pratiquer un avortement ailleurs que  
dans un hôpital approuvé ainsi qu'un règlement excluant  
l'assurance-maladie pour les avortements pratiqués ail-  
leurs que dans les hôpitaux (les «règlements de mars»).

<sup>h</sup> Le gouvernement a, par la suite, abrogé ces règlements  
et adopté la *Medical Services Act* et le *Medical Services  
Designation Regulation*, qui ont reconduit l'interdiction  
de pratiquer des avortements ailleurs que dans un hôpi-  
tal et l'exclusion de l'assurance-maladie pour les avorte-  
ments pratiqués en contravention de l'interdiction. Mal-  
gré ces actions, l'intimé a ouvert sa clinique et pratiqué  
14 avortements. Il a été inculpé, sous 14 chefs, d' infrac-

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

*Held*: The appeal should be dismissed.

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

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

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

*Arrêt*: Le pourvoi est rejeté.

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

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

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

### Cases Cited

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

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

### Jurisprudence

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

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

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

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

### Statutes and Regulations Cited

*Constitution Act, 1867*, ss. 91(27), 92(7), (13), (15), (16).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 251.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 287.  
*Criminal Law Amendment Act, 1968-69*, S.C. 1968-69, c. 38, s. 18.  
*Health Act*, R.S.N.S. 1989, c. 195.  
*Health Services and Insurance Act*, R.S.N.S. 1989, c. 197.  
*Hospitals Act*, R.S.N.S. 1989, c. 208.  
*Lord Ellenborough's Act (U.K.)*, 43 Geo. 3, c. 58.  
*Medical Services Act*, R.S.N.S. 1989, c. 281, ss. 2 to 8.  
*Medical Services Designation Regulation*, N.S. Reg. 152/89.  
 N.S. Reg. 32/89.  
 N.S. Reg. 33/89.  
 N.S. Reg. 34/89.  
 N.S. Regs. 149-151/89.

### Authors Cited

Abel, Albert S. "The Neglected Logic of 91 and 92" (1969), 19 *U.T.L.J.* 487.  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).  
 Laskin, Bora. "Tests for the Validity of Legislation: What's the 'Matter'?" (1955), 11 *U.T.L.J.* 114.  
 Lederman, W. R. "The Balanced Interpretation of the Federal Distribution of Legislative Powers in Canada" (1965). Reprinted in Lederman, *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas*. Toronto: Butterworths, 1981, 266.  
 McConnell, Moira L. "«Even by Commonsense Morality»: Morgentaler, Borowski and the Constitution of Canada" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 765.  
 McConnell, Moira L., and Lorenne Clark. "Abortion Law in Canada: A Matter of National Concern" (1991), 14 *Dalhousie L.J.* 81.  
 Nova Scotia. House of Assembly. *Debates and Proceedings* (March 16, 1989).

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

### b Lois et règlements cités

*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 251.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 287.  
*Health Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 195.  
*Health Services and Insurance Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 197.  
*Hospitals Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 208.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(27), 92(7), (13), (15), (16).  
*Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, S.C. 1968-69, ch. 38, art. 18.  
*Lord Ellenborough's Act (R.-U.)*, 43 Geo. 3, ch. 58.  
*Medical Services Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 281, art. 2 à 8.  
*Medical Services Designation Regulation*, N.S. Reg. 152/89.  
 N.S. Reg. 32/89.  
 N.S. Reg. 33/89.  
 N.S. Reg. 34/89.  
 N.S. Regs. 149-151/89.

f

### Doctrine citée

Abel, Albert S. «The Neglected Logic of 91 and 92» (1969), 19 *U.T.L.J.* 487.  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).  
 Laskin, Bora. «Tests for the Validity of Legislation: What's the 'Matter'?» (1955), 11 *U.T.L.J.* 114.  
 Lederman, W. R. «The Balanced Interpretation of the Federal Distribution of Legislative Powers in Canada» (1965). Reprinted in Lederman, *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas*. Toronto: Butterworths, 1981, 266.  
 McConnell, Moira L. ««Even by Commonsense Morality»: Morgentaler, Borowski and the Constitution of Canada» (1989), 68 *R. du B. can.* 765.  
 McConnell, Moira L., and Lorenne Clark. «Abortion Law in Canada: A Matter of National Concern» (1991), 14 *Dalhousie L.J.* 81.  
 Nova Scotia. House of Assembly. *Debates and Proceedings* (March 16, 1989).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J. —

### Introduction

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA —

### Introduction

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

it an offence to perform an abortion outside a hospital.

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

#### Facts and Legislation

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

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

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

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

#### Les faits et les textes législatifs

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

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

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

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

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

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

3 In this Act,

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[TRADUCTION]

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

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

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

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

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

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

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

the provincial cabinet and therefore in excess of its jurisdiction.

### Judgments Below

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

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

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

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

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

### <sup>a</sup> Les juridictions inférieures

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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