

IN THE SUPREME COURT OF CANADA

(ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA)

B E T W E E N:

LEE CARTER, HOLLIS JOHNSON, DR. WILLIAM SHOICHET, THE BRITISH
COLUMBIA CIVIL LIBERTIES ASSOCIATION AND GLORIA TAYLOR

APPELLANTS

– and –

ATTORNEY GENERAL OF CANADA and
ATTORNEY GENERAL OF BRITISH COLUMBIA

RESPONDENTS

– and –

ATTORNEY GENERAL OF ONTARIO, ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC, THE ALLIANCE OF PEOPLE WITH DISABILITIES WHO ARE SUPPORTIVE OF LEGAL ASSISTED DYING SOCIETY, THE ASSOCIATION FOR REFORMED POLITICAL ACTION CANADA, THE CANADIAN CIVIL LIBERTIES ASSOCIATION, CANADIAN HIV/AIDS LEGAL NETWORK AND THE HIV & AIDS LEGAL CLINIC ONTARIO, CANADIAN MEDICAL ASSOCIATION, THE CANADIAN UNITARIAN COUNCIL, CATHOLIC CIVIL RIGHTS LEAGUE, FAITH AND FREEDOM ALLIANCE AND PROTECTION OF CONSCIENCE PROJECT, THE CATHOLIC HEALTH ALLIANCE OF CANADA, CHRISTIAN LEGAL FELLOWSHIP, THE CHRISTIAN MEDICAL AND DENTAL SOCIETY OF CANADA AND THE CANADIAN FEDERATION OF CATHOLIC PHYSICIANS' SOCIETIES, COLLECTIF DES MÉDECINS CONTRE L'EUTHANASIE, COUNCIL OF CANADIANS WITH DISABILITIES AND THE CANADIAN ASSOCIATION FOR COMMUNITY LIVING, CRIMINAL LAWYERS' ASSOCIATION (ONTARIO), DYING WITH DIGNITY, EUTHANASIA PREVENTION COALITION AND EUTHANASIA PREVENTION COALITION-BC, THE EVANGELICAL FELLOWSHIP OF CANADA and FAREWELL FOUNDATION FOR THE RIGHT TO DIE AND ASSOCIATION QUÉBÉCOISE POUR LE DROIT DE MOURIR DANS LA DIGNITÉ

INTERVENERS

**RESPONSE OF THE INTERVENER, ATTORNEY GENERAL OF ONTARIO,
TO CANADA'S REQUEST FOR AN EXTENSION**

(Pursuant to Rule 54 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*)

ATTORNEY GENERAL OF ONTARIO

Legal Services Division
6th Floor, 720 Bay Street
Toronto, Ontario M7A 2S9

Malliha Wilson (LSUC # 23308I)
S. Zachary Green (LSUC #48066K)
Tel: 416-326-8517
Fax: 416-326-4015
Email: zachary.green@ontario.ca

**Of Counsel for the Intervener,
Attorney General of Ontario**

BURKE-ROBERTSON

441 MacLaren Street, Suite 200
Ottawa, Ontario K2P 2H3

Robert E. Houston, Q.C.
Tel: 613-236-9665
Fax: 613-235-4430
Email: rhouston@burkerobertson.com

**Ottawa Agent for the Intervener,
Attorney General of Ontario**

TO: THE REGISTRAR

COPIES TO:

**FARRIS, VAUGHAN, WILLS & MURPHY
LLP**

25th Floor, 700 West Georgia Street
Vancouver, British Columbia V7Y 1B3

Joseph J. Arvay, Q.C.
Alison Latimer
Sheila M. Tucker
Tel: 604-684-9151
Fax: 604-661-9349
Email: jarvay@farris.com

Counsel for the Appellant, Lee Carter

**FARRIS, VAUGHAN, WILLS & MURPHY
LLP**

25th Floor, 700 West Georgia Street
Vancouver, British Columbia V7Y 1B3

Joseph J. Arvay, Q.C.
Tel: 604-684-9151
Fax: 604-661-9349
Email: jarvay@farris.com

**GOWLING LAFLEUR
HENDERSON LLP**

160 Elgin Street, Suite 2600
Ottawa, Ontario K1P 1C3

Jeffrey W. Beedell
Tel: 613-786-0171
Fax: 613-788-3587
Email: jeff.beedell@gowlings.com

**Ottawa Agent for the Appellant,
Lee Carter**

**GOWLING LAFLEUR
HENDERSON LLP**

160 Elgin Street, Suite 2600
Ottawa, Ontario K1P 1C3

Jeffrey W. Beedell
Tel: 613-786-0171
Fax: 613-788-3587
Email: jeff.beedell@gowlings.com

**Counsel for the Appellants, Hollis Johnson,
William Shoichet, British Columbia Civil
Liberties Association and Gloria Taylor**

**Ottawa Agent for the Appellants,
Hollis Johnson, William Shoichet,
British Columbia Civil Liberties
Association and Gloria Taylor**

ATTORNEY GENERAL OF CANADA
Department of Justice Canada
Sun Life Building
50 O'Connor Street, Suite 500, Room 556
Ottawa, Ontario K1P 6L2

**ATTORNEY GENERAL OF
CANADA**
Department of Justice Canada
Sun Life Building
50 O'Connor Street, Suite 500
Ottawa, Ontario K1A 0H8

**Robert J. Frater Q.C./ Melissa Nicolls /
BJ Wray / Donnaree Nygard**
Tel: 613-670-6289
Fax: 613-954-1920
Email: robert.frater@justice.gc.ca

William F. Pentney
Per: Robert J. Frater
Tel: 613-670-6289
Fax: 613-954-1920

**Counsel for the Respondent, Attorney
General of Canada**

**Solicitor for the Respondent,
Attorney General of Canada**

**ATTORNEY GENERAL OF BRITISH
COLUMBIA**
6th Floor, 1001 Douglas Street
P.O. Box 9280, Stn. Prov. Govt.
Victoria, British Columbia V8W 9J7

BURKE-ROBERTSON
441 MacLaren Street, Suite 200
Ottawa, Ontario K2P 2H3

Bryant Mackey
Christina Drake
Tel: 250-356-8894
Fax: 250-356-9154

Robert E. Houston, Q.C.
Tel: 613-236-9665
Fax: 613-235-4430
Email:
rhouston@burkerobertson.com

**Counsel for the Respondent, Attorney
General of British Columbia**

**Ottawa Agent for the Respondent,
Attorney General of British
Columbia**

BORDEN LADNER GERVAIS LLP
1200 – 200 Burrard Street
Vancouver, British Columbia V7X 1T2

Angus M. Gunn, Q.C.
Tel: 604-687-5744
Fax: 604-687-1415

**Counsel for the Intervener, Alliance Of
People With Disabilities Who Are
Supportive of Legal Assisted Dying Society**

**FARRIS, VAUGHAN, WILLS & MURPHY
LLP**
Box 10026, Pacific Ctr. S. TD Bank Tower
25th Floor – 700 Georgia Street West
Vancouver, British Columbia V7Y 1B3

Tim A. Dickson
R.J.M. Androsoff
Tel: 604-661-9341
Fax: 604-661-9349
Email: tdickson@farris.com

**Counsel for the Intervener, Canadian
Unitarian Council**

GRATL & COMPANY
302 – 560 Beatty St.
Vancouver, British Columbia V6B 2L3

Jason B. Gratl
Alison M. Latimer
Tel: 604-694-1919
Fax: 604-608-1919

**Counsel for the Intervener, Farewell
Foundation For The Right To Die**

**BORDEN LADNER GERVAIS
LLP**
World Exchange Plaza
100 Queen Street, Suite 1300
Ottawa, Ontario K1P 1J9

Nadia Effendi
Tel: 613-237-5160
Fax: 613-230-8842
Email: neffendi@blg.com

**Ottawa Agent for the Intervener,
Alliance Of People With
Disabilities Who Are Supportive of
Legal Assisted Dying Society**

**BORDEN LADNER GERVAIS
LLP**
World Exchange Plaza
100 Queen Street, Suite 1300
Ottawa, Ontario K1P 1J9

Nadia Effendi
Tel: 613-237-5160
Fax: 613-230-8842
Email: neffendi@blg.com

**Ottawa Agent for the Intervener,
Canadian Unitarian Council**

**GOWLING LAFLEUR
HENDERSON LLP**
160 Elgin Street, Suite 2600, 26th
Floor
Ottawa, Ontario K1P 1C3

Guy Régimbald
Tel: 613-786-0197
Fax: 613-563-9869
Email: guy.regimbald@gowlings.com

**Ottawa Agent for the Intervener,
Farewell Foundation For The
Right To Die**

MILLER THOMSON LLP
3000, 700 – 9th Avenue SW
Calgary, Alberta T2P 3V4

Gerald D. Chipeur, Q.C.
Tel: 403-298-2425
Fax: 403-262-0007

Counsel for the Intervener, Christian Legal Fellowship

GEOFFREY TROTTER LAW CORPORATION
Suite 1700 – 1185 West Georgia Street
Vancouver, British Columbia V6E 4E6

Geoffrey Trotter
Tel: 604-678-9190
Fax: 604-259-2429
Email: gt@gtlawcorp.com

Counsel for the Intervener, Evangelical Fellowship of Canada

SCHER LAW PROFESSIONAL CORPORATION
69 Bloor Street East, Suite 210
Toronto, Ontario M4W 1A9

Hugh R. Scher / Geoff Cowper, Q.C.
Tel: 416-515-9686
Fax: 416-969-1815
Email: hugh@sdlaw.ca

Counsel for the Intervener, Euthanasia Prevention Coalition and Euthanasia Prevention Coalition – British Columbia

SUPREME ADVOCACY LLP
100 – 340 Gilmour Street
Ottawa, Ontario K2P 0R3

Marie-France Major
Tel: 613-695-8855 ext. 102
Fax: 613-695-8580
Email: mfmajor@supremeadvocacy.ca

Ottawa Agent for the Intervener, Christian Legal Fellowship

VINCENT DAGENAIS GIBSON LLP
260 Dalhousie Street, Suite 400
Ottawa, Ontario K1N 7E4

Albertos Polizogopoulos
Tel: 613-241-2701
Fax: 613-241-2599
Email: albertos@vdg.ca

Ottawa Agent for the Intervener, Evangelical Fellowship of Canada

FASKEN MARTINEAU DUMOULIN LLP
55 Metcalfe Street, Suite 1300
Ottawa, Ontario K1P 6L5

Yael Wexler
Tel: 613-236-3882
Fax: 613-230-6423
Email: ywexler@fasken.com

Ottawa Agent for the Intervener, Euthanasia Prevention Coalition and Euthanasia Prevention Coalition – British Columbia

BAKERLAW

4711 Yonge Street, Suite 509
Toronto, Ontario M2N 6K8

David Baker

Sarah Mohamed

Tel: 416-533-0040

Fax: 416-533-0050

Email: dbaker@bakerlaw.ca

**Counsel for the Intervener, Council of
Canadians with Disabilities and the
Canadian Association for Community
Living**

PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC

1200, Route de l'Église, 2ème étage
Québec, Quebec G1V 4M1

Sylvain Leboeuf

Sylviane Goulet

Tel : 418-643-1477 Ext. 21010

Fax : 418-644-7030

Email : Sylvain.leboeuf@justice.gouv.qc.ca

**Counsel for the Intervener, Attorney
General of Quebec**

**NORTON ROSE FULBRIGHT CANADA
LLP**

1, Place Ville Marie, Bureau 2500
Montreal, Quebec H3B 1R1

Pierre Bienvenu

Andres C. Garin

Vincent Rochette

Tel: 514-847-4452

Fax: 514-286-5474

Email: pierre.bienvenu@nortonrose.com

**Counsel for the Intervener, Physicians'
Alliance Against Euthanasia**

SUPREME ADVOCACY LLP

100 – 340 Gilmour Street
Ottawa, Ontario K2P 0R3

Marie-France Major

Tel: 613-695-8855 Ext. 102

Fax: 613-695-8580

Email: mfmajor@supremeadvocacy.ca

**Ottawa Agent for the Intervener,
Council of Canadians with Disabilities
and the Canadian Association for
Community Living**

NOËL & ASSOCIÉS

111, rue Champlain
Gatineau, Quebec J8X 3R1

Pierre Landry

Tel: 819-771-7393

Fax: 819-771-5397

Email: p.landry@noelassocies.com

**Agent for the Intervener, Attorney
General of Quebec**

**NORTON ROSE FULBRIGHT
CANADA LLP**

1500 – 45 O'Connor Street
Ottawa, Ontario K1P 1A4

Sally Gomery

Tel: 613-780-8604

Fax: 613-230-5459

Email: sally.gomery@nortonrose.com

**Ottawa Agent for the Intervener,
Physicians' Alliance Against
Euthanasia**

VINCENT DAGENAIS GIBSON LLP

260 Dalhousie Street, Suite 400
Ottawa, Ontario K1N 7E4

Albertos Polizogopoulos

Tel: 613-241-2701

Fax: 613-241-2599

Email: albertos@vdg.ca

**Counsel for the Interveners, Christian
Medical and Dental Society of Canada and
Canadian Federation of Catholic
Physicians' Societies**

**ASSOCIATION FOR REFORMED
POLITICAL ACTION (ARPA) CANADA**

1 Rideau Street, Suite 700
P.O. Box 1377, Stn. B
Ottawa, Ontario K1N 8S7

Andre Schutten

Tel: 613-297-5172

Fax : 613-670-5701

Email: Andre@ARPACanada.ca

**Counsel for the Intervener, Association for
Reformed Political Action Canada**

**PALIARE, ROLAND, ROSENBERG,
ROTHSTEIN, LLP**

155 Wellington Street West, 35th Floor
Toronto, Ontario M5V 3H1

Gordon Capern / Michael Fenrick

Tel: 416-646-4311

Fax: 416-646-4301

Email: gordon.capern@paliareroland.com

**Counsel for the Interveners, Canadian
HIV/AIDS Legal Network (the "Legal
Network) and the HIV and AIDS Legal
Clinic Ontario ("HALCO")**

SUPREME ADVOCACY LLP

100 – 340 Gilmour Street
Ottawa, Ontario K2P 0R3

Marie-France Major

Tel: 613-695-8855 Ext. 102

Fax: 613-695-8580

Email: mfmajor@supremeadvocacy.ca

**Ottawa Agent for the Interveners,
Canadian HIV/AIDS Legal Network (the
"Legal Network) and the HIV and AIDS
Legal Clinic Ontario ("HALCO")**

SACK GOLDBLATT MITCHELL LLP

1100 – 20 Dundas St. West, Box 180
Toronto, Ontario M5G 2G8

Cynthia Petersen

Kelly Doctor

Tel: 416-977-6070

Fax: 416-591-7333

Email: cpetersen@sgmlaw.com

**Counsel for the Intervener, Dying with
Dignity**

SACK GOLDBLATT MITCHELL LLP

500 – 30 Metcalfe Street
Ottawa, Ontario K1P 5L4

Raija Pulkkinen

Tel: 613-235-5327

Fx: 613-235-3041

Email: rpulkkinen@sgmlaw.com

**Ottawa Agent for the Intervener, Dying
with Dignity**

POLLEY FAITH LLP

80 Richmond Street West, Suite 1300
Toronto, Ontario M5H 2A4

Harry Underwood

Tel: 416-365-6446

Fax: 416-365-1601

Email: hunderwood@polleyfaith.com

**Counsel for the Intervener, Canadian
Medical Association**

**GOWLING LAFLEUR HENDERSON
LLP**

160 Elgin Street, Suite 2600
Ottawa, Ontario K1P 1C3

D. Lynne Watt

Tel: 613-786-8695

Fax: 613-788-3509

Email: lynne.watt@gowlings.com

**Ottawa Agent for the Intervener, Canadian
Medical Association**

VINCENT DAGENAIS GIBSON LLP

400 – 260 Dalhousie Street
Ottawa, Ontario K1N 7E4

Russell G. Gibson

Albertos Polizogopoulos

Tel: 613-241-2701 Ext. 229

Fax: 613-241-2599

Email : russell.gibson@vdg.ca

**Counsel for the Intervener, Catholic Health
Alliance of Canada**

SACK GOLDBLATT MITCHELL LLP

1100 – 20 Dundas St. W.
Toronto, Ontario M5G 2G8

Marlys A. Edwardh

Daniel Sheppard

Tel: 416- 979-4380

Fax: 416-979-4430

Email: medwardh@sgmlaw.com

**Counsel for the Intervener, Criminal
Lawyers' Association (Ontario)**

GOWLING LAFLEUR HENDERSON LLP

160 Elgin Street, Suite 2600
Ottawa, Ontario K1P 1C3

D. Lynne Watt

Tel: 613-786-8695

Fax: 613-788-3509

Email: lynne.watt@gowlings.com

**Ottawa Agent for the Intervener, Criminal
Lawyers' Association (Ontario)**

GRATL & COMPANY

302 – 560 Beatty Street
Vancouver, British Columbia V6B 2L3

Jason B. Gratl

Alison Latimer

Tel: 604-694-1919

Fax: 604-608-1919

**Counsel for the Intervener, Association
québécoise pour le droit de mourir dans la
dignité**

GOWLING LAFLEUR HENDERSON LLP

160 Elgin Street, Suite 2600, 26th Floor
Ottawa, Ontario K1P 1C3

Guy Régimbald

Tel: 613-786-0197

Fax: 613-563-9869

Email: guy.regimbald@gowlings.com

**Ottawa Agent for the Intervener, Association
québécoise pour le droit de mourir dans la
dignité**

BORDEN LADNER GERVAIS LLP

Scotia Plaza, 40 King Street West
Toronto, Ontario M5H 3Y4

Christopher D. Bredt

Ewa Krajewska

Margot Finley

Tel: 416-367-6165

Fax: 416-361-7063

Email: cbredt@blg.com

**Counsel for the Intervener, Canadian Civil
Liberties Association**

BORDEN LADNER GERVAIS LLP

World Exchange Plaza
100 Queen Street, Suite 1300
Ottawa, Ontario K1P 1J9

Nadia Effendi

Tel: 613-237-5160

Fax: 613-230-8842

Email: neffendi@blg.com

**Ottawa Agent for the Intervener, Canadian
Civil Liberties Association**

BENNETT JONES LLP
Suite 3400, P.O. Box 130
One First Canadian Place
Toronto, Ontario M5X 1A4

Robert W. Staley
Ranjan K. Agarwal
Jack R. Maslen
Tel: 416-777-4857
Fax: 416-863-1716
Email: staleyr@bennettjones.ca

Counsel for the Intervener, Catholic Civil Rights League

BENNETT JONES LLP
1900 – 45 O'Connor Street
World Exchange Plaza
Ottawa, Ontario K1P 1A4

Sheridan Scott
Tel: 613-683-2302
Fax: 613-683-2323
Email: scotts@bennettjones.com

Ottawa Agent for the Intervener, Catholic Civil Rights League

BENNETT JONES LLP
Suite 3400, P.O. Box 130
One First Canadian Place
Toronto, Ontario M5X 1A4

Robert W. Staley
Ranjan K. Agarwal
Jack R. Maslen
Tel: 416-777-4857
Fax: 416-863-1716
Email: staleyr@bennettjones.ca

Counsel for the Intervener, Faith and Freedom and Protection of Conscience Project

BENNETT JONES LLP
1900 – 45 O'Connor Street
World Exchange Plaza
Ottawa, Ontario K1P 1A4

Sheridan Scott
Tel: 613-683-2302
Fax: 613-683-2323
Email: scotts@bennettjones.com

Ottawa Agent for the Intervener, Faith and Freedom and Protection of Conscience Project

TABLE OF CONTENTS

PARTS I AND II – OVERVIEW AND POSITION.....	1
PART III – ARGUMENT	1
PARTS IV AND V – COSTS AND ORDER SOUGHT	5
PART VI – TABLE OF AUTHORITIES.....	6

PARTS I AND II – OVERVIEW AND POSITION

1. The Attorney General of Ontario supports the motion by the Attorney General of Canada [“Canada”] for a 6-month extension of the period of the suspension of this Honourable Court’s declaration in *Carter v. Canada*.
2. The Attorney General of Ontario further supports the request by the Attorney General of Québec seeking that Québec’s *Act Respecting End-of-Life Care*, RSQ c S-32.0001 be allowed to operate during any extension to the period of the suspension of this Court’s declaration.

PART III – ARGUMENT

A. Ontario supports Canada’s request for an extension

3. The Government of Ontario [“Ontario”] has been working since February 2015 to develop and assess options to implement physician-assisted dying [“PAD”] in Ontario in a manner that is consistent with this Court’s decision and within the parameters of its jurisdiction over health. Ontario has made significant progress towards this goal, but many details of the available options still need to be considered carefully, including any potential interactions with the *Criminal Code*. Allowing more time for Parliament to consider and enact amendments to the *Criminal Code* would ensure that Canadians have the benefit of thorough, consistent and well developed federal and provincial legislation to allow access to PAD in appropriate cases while also protecting vulnerable persons from harm.

4. As set out in detail in the affidavit of interim Assistant Deputy Minister Patrick Dicerni,¹ Ontario has in collaboration with 10 other provinces and territories established an expert advisory group to seek advice from stakeholders and experts and to consider key policy questions related to the implementation of PAD by provinces and territories. The members of this provincial-territorial expert advisory group include patient, health care, ethics and legal experts from across Canada.

5. The provincial-territorial expert advisory group considered submissions from dozens of stakeholder groups, held panel discussions with experts and national stakeholders, and carried out its own deliberations. It is expected that the final report and recommendations of the provincial-territorial expert advisory group will be made public on December 14, 2015.²

6. In parallel to the work of the provincial-territorial expert advisory group, Ontario has also consulted broadly with the public and has met and will continue to meet with dozens of health, legal, patient, faith and aboriginal groups.³

7. Given the complexity of the health care system and of patients' circumstances, there are many issues that governments must address in order to build an appropriate system for PAD, including how should PAD be administered, what safeguards need to be in place, and how competency should be assessed. For provinces and territories, any consideration of these implementation issues must take place against the backdrop of the *Criminal Code* provisions that impact on PAD.

¹ Affidavit of Patrick Dicerni sworn December 3, 2015, Motion Record of the Attorney General of Canada, Tab 4E, pp. 47-51.

² *Ibid.* at p. 49.

³ *Ibid.* at pp. 49-50.

8. Having this issue unresolved in the *Criminal Code* creates uncertainty for patients, providers, regulators, and provincial and territorial governments. Allowing Parliament more time to consider these questions would assist Ontario in focusing its policy-making efforts on those options that would best work harmoniously with the *Criminal Code*.

B. Ontario supports Québec's request

9. Ontario supports the Attorney General of Québec's request for an order allowing Québec's *Act Respecting End-of-Life Care*, RSQ c S-32.0001 ["Québec's Act"] to operate during any extension to the period of the suspension of this Court's declaration. Allowing Québec's Act to operate during the period of any further suspension would permit Ontario to consider Québec's experience with the operation of PAD, and would thereby assist in informing the policy-making process in Ontario.

10. This Court confirmed in *Carter* that "Health is an area of concurrent jurisdiction" and that this conclusion "suggests that aspects of physician-assisted dying may be the subject of valid legislation by both levels of government".⁴ Québec is the first and to date only province to have enacted legislation expressly regulating the provision of PAD, with the objective of ensuring that persons at the end of their lives receive care that is respectful of their dignity and autonomy and that recognizes the primacy of their clearly and competently expressed wishes. Québec's Act is legislation in relation to consent to treatment, medical ethics, and the regulation of physicians and health facilities. These are all subject-matters that, as the majority of this Court held in *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, are firmly anchored in exclusive provincial jurisdiction over hospitals,

⁴ *Carter v. Canada (Attorney General)*, [2015] 1 SCR 331, 2015 SCC 5 at para. 53.

property and civil rights, and matters of a merely local nature.⁵ The principle of subsidiarity, according to which “legislative action is to be taken by the government that is closest to the citizen and is thus considered to be in the best position to respond to the citizen’s concerns,”⁶ and a properly restrained approach to the criminal law in health care matters,⁷ both militate in favour of the operation of Québec’s Act during the period of any extension.

11. Ontario submits that, should this Court grant the extension of time sought by Canada, the extension should be on terms that would allow this important provincial legislation in relation to health care to operate during the extension. Such a result would be consistent with the rationales underlying the suspension of declarations of invalidity, which include avoiding legal lacunae as well as avoiding depriving individuals of the benefits or protections of the impugned legislation.⁸ It would also allow for the realization of a *Charter*-protected right in a province with a careful system of legislated safeguards designed to respect dignity and autonomy while protecting the vulnerable.

⁵ *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, [2010] 3 SCR 457, 2010 SCC 61 at paras. 260-265 per LeBel and Deschamps JJ. and para. 287 per Cromwell J.

⁶ *Ibid.* at para. 183 per LeBel and Deschamps JJ.

⁷ *Ibid.* at paras. 240-245 and 254-257 per LeBel and Deschamps JJ.

⁸ *Canada (Attorney General) v. Hislop*, [2007] 1 SCR 429, 2007 SCC 10 at para. 90.

PARTS IV AND V – COSTS AND ORDER SOUGHT

12. Ontario requests that Canada’s motion and Québec’s request be granted. Ontario does not seek costs.

ALL OF WHICH IS RESPECTFULLY SUBMITTED

December 8, 2015

Malliha Wilson

S. Zachary Green

Of counsel for the intervener,
The Attorney General of Ontario

PART VI – TABLE OF AUTHORITIES

<u>Tab</u>	<u>Cases</u>	<u>Paragraph No. Referred to in Factum</u>
1	<i>Canada (Attorney General) v. Hislop</i> , [2007] 1 SCR 429, 2007 SCC 10	11
2	<i>Carter v. Canada (Attorney General)</i> , [2015] 1 SCR 331, 2015 SCC 5	10
3	<i>Reference re Assisted Human Reproduction Act</i> , [2010] 3 SCR 457, 2010 SCC 61	10

Attorney General of Canada *Appellant/
Respondent on cross-appeal*

v.

**George Hislop, Brent E. Daum,
Albert McNutt, Eric Brogaard and
Gail Meredith** *Respondents/Appellants on
cross-appeal*

and

**Attorney General of Ontario, Attorney
General of Quebec, Attorney General of
Alberta and Egale Canada Inc.** *Interveners*

**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v.
HISLOP**

Neutral citation: 2007 SCC 10.

File No.: 30755.

2006: May 16; 2007: March 1.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel,
Deschamps, Abella and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality
rights — Sexual orientation — Survivorship pensions
— Whether provisions of Canada Pension Plan limiting
eligibility for survivor benefits to same-sex partners of
deceased contributors who died on or after January 1,
1998 infringe right to equality — If so, whether infringe-
ment justified — Canadian Charter of Rights and
Freedoms, ss. 1, 15(1) — Canada Pension Plan, R.S.C.
1985, c. C-8, ss. 44(1.1), 72.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality
rights — Sexual orientation — Survivorship pensions —
Whether estate has standing to advance equality rights
claim on behalf of deceased survivor — Canadian Char-
ter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Canada Pension
Plan, R.S.C. 1985, c. C-8, s. 60(2).*

Procureur général du Canada *Appelant/
Intimé au pourvoi incident*

c.

**George Hislop, Brent E. Daum,
Albert McNutt, Eric Brogaard et
Gail Meredith** *Intimés/Appellants au pourvoi
incident*

et

**Procureur général de l'Ontario, procureur
général du Québec, procureur général de
l'Alberta et Egale Canada Inc.** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c.
HISLOP**

Référence neutre : 2007 CSC 10.

N^o du greffe : 30755.

2006: 16 mai; 2007 : 1^{er} mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges
Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella et
Rothstein.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits
à l'égalité — Orientation sexuelle — Pension de sur-
vivant — Les dispositions du Régime de pensions du
Canada limitant l'admissibilité à la pension de survi-
vant du conjoint de même sexe d'un cotisant décédé le
1^{er} janvier 1998 ou par la suite violent-elles le droit à
l'égalité? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justi-
fiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1,
15(1) — Régime de pensions du Canada, L.R.C. 1985,
ch. C-8, art. 44(1.1), 72.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à
l'égalité — Orientation sexuelle — Pension de survivant
— La succession d'un conjoint survivant décédé a-t-elle
qualité pour faire valoir les droits à l'égalité du défunt?
— Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) —
Régime de pensions du Canada, L.R.C. 1985, ch. C-8,
art. 60(2).*

88

Although Lord Nicholls' statement arose in the common law context, this Court has implicitly adopted a similar line of reasoning in constitutional law. Despite this Court's endorsement of the Blackstonian declaratory approach, in its development of the law of constitutional remedies, it has frequently seen fit to temper the retroactive effect of s. 52(1) remedies and adopt a position similar to that of Lord Nicholls. On occasion, this Court has expressly stated that the s. 52(1) remedy would "apply prospectively" only: *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3, at para. 18. In that reference, the Court held that the provinces' remuneration scheme for provincial judges violated the right to a trial before an independent and impartial tribunal. In fashioning its remedy, the Court side-stepped Blackstonian doctrine and provided for a "transition period of one year before th[e] requirement [took] effect" (para. 18).

89

The use of the "transition period" after a finding of unconstitutionality is inconsistent with the declaratory approach. It keeps in force by judicial decision a law that was deemed never to have been of force or effect. Thus, the fact that this Court has occasionally prescribed transition periods, intended to give a s. 52(1) remedy prospective effect only, suggests that this Court is not wedded to the declaratory approach in all *Charter* cases.

90

In another type of situation, which arises more frequently, the Court has held that providing immediate and retroactive judicial remedies may be "inappropriate" when "doing so would create a lacuna in the regime before Parliament would have a chance to act": *R. v. Demers*, [2004] 2 S.C.R. 489, 2004 SCC 46, at para. 57. In such cases, the Court has temporarily suspended the declaration of invalidity of the unconstitutional legislation to avoid creating a "legal vacuum" or "legal chaos" before Parliament or the legislature has the opportunity to enact something in place of the unconstitutional legislation: *Reference re Manitoba Language Rights*,

Lord Nicholls s'est exprimé dans le contexte de la common law, mais notre Cour a implicitement adopté un raisonnement analogue en droit constitutionnel. Malgré son acceptation de la théorie déclaratoire de Blackstone, elle a souvent jugé opportun de préciser, en élaborant le droit applicable aux réparations constitutionnelles, qu'il y avait lieu de limiter l'effet rétroactif de la réparation fondée sur le par. 52(1) et d'adopter ainsi un point de vue analogue à celui de lord Nicholls. Elle a parfois affirmé expressément que cette réparation « s'appliquera pour l'avenir » uniquement : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3, par. 18. Dans cet arrêt, notre Cour a statué que la rémunération des juges des cours provinciales en cause violait le droit à une audience devant un tribunal indépendant et impartial. Toutefois, à propos de la réparation appropriée, notre Cour a écarté la théorie de Blackstone et prévu une « période de transition d'un an avant l'entrée en vigueur de [l']exigence » (par. 18).

L'emploi de la technique de la « période de transition » après une déclaration d'inconstitutionnalité déroge nécessairement à la théorie déclaratoire. En effet, la décision judiciaire maintient en vigueur une loi qui est réputée ne s'être jamais appliquée. Le fait que notre Cour a parfois prévu une période de transition afin que la réparation accordée sur le fondement du par. 52(1) ne vaille que pour l'avenir permet de conclure qu'elle n'adhère pas invariablement à cette théorie pour l'application de la *Charte*.

Notre Cour a par ailleurs statué, relativement à une situation plus fréquente, qu'il peut ne pas être « opportun » d'accorder une réparation dont l'effet est rétroactif et immédiat lorsque « cela créerait une lacune dans le régime avant que le Parlement ait la possibilité de prendre des mesures » : *R. c. Demers*, [2004] 2 R.C.S. 489, 2004 CSC 46, par. 57. En pareil cas, elle a temporairement suspendu la déclaration d'invalidité afin d'éviter tout « vide juridique » ou « chaos » avant que le Parlement ou la législature en cause ne puisse remplacer les dispositions inconstitutionnelles : *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985]

[1985] 1 S.C.R. 721 (“*Manitoba Language Rights Reference*”), at p. 747; *Schachter*. In *Schachter*, this Court held that the suspended declaration of invalidity was appropriate when giving immediate retroactive effect to the Court’s declaration of invalidity would (a) “pose a danger to the public”; (b) “threaten the rule of law”; or (c) “result in the deprivation of benefits from deserving persons”, such as when the legislation was “deemed unconstitutional because of underinclusiveness rather than overbreadth”: *Schachter*, at p. 719.

Like transition periods and other purely prospective remedies, the suspended declaration of invalidity is not fully consistent with the declaratory approach. By suspending the declaration of invalidity, the Court allows the constitutional infirmity to continue temporarily so that the legislature can fix the problem. In other words, the Court extends the life of a law which, on the Blackstonian view, never existed.

Although if the legislature fails to comply with the Court’s order within the period of suspension, the Court’s declaration would apply retroactively, the purpose of a suspended declaration of invalidity can be to facilitate the legislature’s function in crafting a prospective remedy. The temporal delay in striking down the law also has the effect of extending the life of an unconstitutional law. In such cases, to allow the claimants to recover concurrent retroactive relief would be at cross-purposes with the Court’s decision to grant a suspended declaration of invalidity: *Schachter*, at p. 720.

The determination of whether to limit the retroactive effect of a s. 52(1) remedy and grant a purely prospective remedy will be largely determined by whether the Court is operating inside or outside the Blackstonian paradigm. When the Court is declaring the law as it has existed, then the Blackstonian approach is appropriate and retroactive relief should be granted. On the other hand, when a court is developing new law within the broad confines of the Constitution, it may be appropriate to limit the retroactive effect of its judgment.

The approach which our Court has adopted in respect of the crafting of constitutional remedies

1 R.C.S. 721, p. 747; *Schachter*. Dans ce dernier arrêt, notre Cour a décidé qu’il était opportun de suspendre la déclaration d’invalidité lorsque son effet rétroactif et immédiat a) « poserait un danger pour le public », b) « menacerait la primauté du droit » ou c) « priverait de bénéfices les personnes admissibles », notamment lorsque la loi a été « jugée inconstitutionnelle parce qu’elle est limitative et non parce qu’elle a une portée trop large » : *Schachter*, p. 719.

Comme la période de transition et les autres réparations valables uniquement pour l’avenir, la suspension de la déclaration d’invalidité ne se concilie pas parfaitement avec la théorie déclaratoire. En suspendant la déclaration d’invalidité, notre Cour permet que l’inconstitutionnalité demeure le temps que le législateur y remédie. Autrement dit, elle prolonge la vie d’un texte de loi qui, suivant la théorie de Blackstone, n’a jamais existé.

Même si le législateur ne se conforme pas à l’ordonnance de notre Cour avant l’expiration du délai accordé, ce qui emporte l’application rétroactive du jugement déclaratoire, le but de la suspension de la déclaration d’invalidité peut être de faciliter l’élaboration d’une réparation pour l’avenir. Le report de l’annulation a également pour effet de prolonger la durée de la disposition inconstitutionnelle. Dans ce cas, l’octroi d’une réparation rétroactive concurrente contredirait la décision de suspendre la déclaration d’invalidité : *Schachter*, p. 720.

L’application ou la non-application du modèle blackstonien détermine en grande partie s’il convient ou non de limiter l’effet rétroactif de la réparation fondée sur le par. 52(1) et d’accorder une réparation uniquement pour l’avenir. Lorsque le tribunal énonce le droit qui existait, alors la théorie de Blackstone s’applique et la réparation doit être rétroactive. Par contre, lorsqu’il établit une nouvelle règle de droit dans les paramètres généraux de la Constitution, la limitation de la portée rétroactive de sa décision peut être indiquée.

L’attitude adoptée par notre Cour en matière de réparations constitutionnelles découle aussi de

91

92

93

94

**Lee Carter, Hollis Johnson, William Shoichet,
British Columbia Civil Liberties Association
and Gloria Taylor** *Appellants*

v.

Attorney General of Canada *Respondent*

- and -

**Lee Carter, Hollis Johnson, William Shoichet,
British Columbia Civil Liberties Association
and Gloria Taylor** *Appellants*

v.

**Attorney General of Canada and
Attorney General of
British Columbia** *Respondents*

and

**Attorney General of Ontario,
Attorney General of Quebec,
Council of Canadians with Disabilities,
Canadian Association for Community Living,
Christian Legal Fellowship,
Canadian HIV/AIDS Legal Network,
HIV & AIDS Legal Clinic Ontario,
Association for Reformed Political
Action Canada,
Physicians' Alliance against Euthanasia,
Evangelical Fellowship of Canada,
Christian Medical and Dental Society of Canada,
Canadian Federation of Catholic
Physicians' Societies, Dying With Dignity,
Canadian Medical Association,
Catholic Health Alliance of Canada,
Criminal Lawyers' Association (Ontario),
Farewell Foundation for the Right to Die,
Association québécoise pour
le droit de mourir dans la dignité,
Canadian Civil Liberties Association,
Catholic Civil Rights League,**

**Lee Carter, Hollis Johnson, William Shoichet,
Association des libertés civiles de la
Colombie-Britannique
et Gloria Taylor** *Appelants*

c.

Procureur général du Canada *Intimé*

- et -

**Lee Carter, Hollis Johnson, William Shoichet,
Association des libertés civiles de la Colombie-
Britannique et Gloria Taylor** *Appelants*

c.

**Procureur général du Canada
et procureure générale de la
Colombie-Britannique** *Intimés*

et

**Procureur général de l'Ontario,
procureure générale du Québec,
Conseil des Canadiens avec déficiences,
Association canadienne pour
l'intégration communautaire,
Alliance des chrétiens en droit,
Réseau juridique canadien VIH/sida,
HIV & AIDS Legal Clinic Ontario,
Association for Reformed Political
Action Canada,
Collectif des médecins contre l'euthanasie,
Alliance évangélique du Canada,
Christian Medical and Dental Society of Canada,
Canadian Federation of Catholic
Physicians' Societies, Dying With Dignity,
Association médicale canadienne,
Alliance catholique canadienne de la santé,
Criminal Lawyers' Association (Ontario),
Farewell Foundation for the Right to Die,
Association québécoise pour le droit
de mourir dans la dignité,
Association canadienne des libertés civiles,**

[53] We are not persuaded by the submissions that *PHS* is distinguishable, given the vague terms in which the proposed definitions of the “core” of the provincial health power are couched. In our view, the appellants have not established that the prohibition on physician-assisted dying impairs the core of the provincial jurisdiction. Health is an area of concurrent jurisdiction; both Parliament and the provinces may validly legislate on the topic: *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 32; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112, at p. 142. This suggests that aspects of physician-assisted dying may be the subject of valid legislation by both levels of government, depending on the circumstances and focus of the legislation. We are not satisfied on the record before us that the provincial power over health excludes the power of the federal Parliament to legislate on physician-assisted dying. It follows that the interjurisdictional immunity claim cannot succeed.

VIII. Section 7

[54] Section 7 of the *Charter* states that “[e]veryone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.”

[55] In order to demonstrate a violation of s. 7, the claimants must first show that the law interferes with, or deprives them of, their life, liberty or security of the person. Once they have established that s. 7 is engaged, they must then show that the deprivation in question is not in accordance with the principles of fundamental justice.

[56] For the reasons below, we conclude that the prohibition on physician-assisted dying infringes the right to life, liberty and security of Ms. Taylor and of persons in her position, and that it does so in a manner that is overbroad and thus is not in

[53] Nous ne sommes pas convaincus par les arguments selon lesquels il est possible de faire une distinction d’avec *PHS*, compte tenu des mots vagues employés dans les définitions proposées du « contenu essentiel » de la compétence provinciale en matière de santé. À notre avis, les appelants n’ont pas établi que la prohibition de l’aide médicale à mourir empiète sur le contenu essentiel de la compétence provinciale. La santé est un domaine de compétence concurrente; le Parlement et les provinces peuvent valablement légiférer dans ce domaine : *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 32; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, p. 142. Ceci laisse croire que les deux ordres de gouvernement peuvent valablement légiférer sur des aspects de l’aide médicale à mourir, en fonction du caractère et de l’objet du texte législatif. Le dossier qui nous a été soumis ne nous convainc pas que la compétence provinciale en matière de santé exclut la compétence du Parlement fédéral de légiférer sur l’aide médicale à mourir. Il s’ensuit que la prétention fondée sur l’exclusivité des compétences ne peut être retenue.

VIII. L’article 7

[54] Aux termes de l’art. 7 de la *Charte*, « [c]hacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale. »

[55] Pour faire la preuve d’une violation de l’art. 7, les demandeurs doivent d’abord démontrer que la loi porte atteinte à leur vie, à leur liberté ou à la sécurité de leur personne, ou les en prive. Une fois qu’ils ont établi que l’art. 7 entre en jeu, ils doivent alors démontrer que la privation en cause n’est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

[56] Pour les motifs exposés ci-après, nous concluons que la prohibition de l’aide médicale à mourir porte atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de M^{me} Taylor et des personnes se trouvant dans sa situation, et qu’elle le fait d’une manière

Attorney General of Canada *Appellant*

v.

Attorney General of Quebec *Respondent*

and

**Attorney General of New Brunswick,
Attorney General for Saskatchewan,
Attorney General of Alberta, Michael
Awad, Canadian Conference of Catholic
Bishops and Evangelical Fellowship of
Canada** *Interveners*

**INDEXED AS: REFERENCE RE ASSISTED HUMAN
REPRODUCTION ACT**

2010 SCC 61

File No.: 32750.

2009: April 24; 2010: December 22.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps,
Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

*Constitutional law — Division of powers — Criminal
law — Assisted reproduction — Whether ss. 8 to 19, 40
to 53, 60, 61 and 68 of Assisted Human Reproduction
Act, S.C. 2004, c. 2, exceed legislative authority of Par-
liament under s. 91(27) of Constitution Act, 1867.*

In 1989, the federal government established the Royal Commission on New Reproductive Technologies (the “Baird Commission”) to study assisted human reproduction. In its report, the Baird Commission expressed concern about certain practices in the field and pressed for legislation. Between 1993 and 1995, the federal government consulted with the provinces, the territories and independent groups for advice on the issue, and the result was the passage of the *Assisted Human Reproduction Act* in 2004. The Act contains prohibitions and other provisions designed to administer and enforce them. It is set up as follows:

Procureur général du Canada *Appelant*

c.

Procureur général du Québec *Intimé*

et

**Procureur général du Nouveau-Brunswick,
procureur général de la Saskatchewan,
procureur général de l’Alberta, Michael
Awad, Conférence des évêques catholiques
du Canada et Alliance évangélique du
Canada** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : RENVOI RELATIF À LA LOI SUR LA
PROCRÉATION ASSISTÉE**

2010 CSC 61

N° du greffe : 32750.

2009 : 24 avril; 2010 : 22 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

*Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs —
Droit criminel — Procréation assistée — Les articles 8
à 19, 40 à 53, 60, 61 et 68 de la Loi sur la procréation
assistée, L.C. 2004, ch. 2, excèdent-ils la compétence
législative que confère au Parlement l’art. 91(27) de la
Loi constitutionnelle de 1867?*

En 1989, le gouvernement fédéral a mis sur pied la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction (la « Commission Baird ») appelée à se pencher sur la procréation assistée. Dans son rapport, la Commission Baird a exprimé des inquiétudes au sujet de certaines pratiques dans le domaine et elle a pressé le gouvernement de légiférer. Entre 1993 et 1995, le gouvernement fédéral a consulté les provinces, les territoires et des groupes indépendants sur la question, ce qui a mené à l’adoption en 2004 de la *Loi sur la procréation assistée*. La Loi renferme des interdictions et d’autres dispositions visant leur mise en œuvre et leur contrôle d’application. Elle est conçue comme suit :

on the control of assisted reproductive activities. The question is not whether the Act is good or bad, or whether it achieves its objectives or not, but whether its purpose is criminal in nature. In the present case, with the exception of the outright prohibitions, the record reveals no “evil” that needs to be repressed. Rather, it establishes the intent to control the clinical and research aspects of a medical activity in order to create a uniformity that is considered to be desirable. The appropriateness of a single piece of legislation applying to Canada as a whole and regulating a permitted and recognized activity is not a purpose that confers criminal law jurisdiction.

To sum up, the fundamental and dominant purpose of the impugned part of the Act is the safeguarding of health and not the elimination of an “evil”.

[181] The Court of Appeal did not discuss the connection between the provisions that are being challenged and those that are not. It simply concluded that the impugned provisions lay beyond the scope of Parliament’s criminal law power and did not discuss the ancillary powers doctrine.

VI. Applicable Constitutional Principles and Doctrines

[182] Before discussing the legislative powers relied on in this case, we must emphasize the existence and the scope of certain constitutional principles that shape Canadian federalism. The Court considered these principles in *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217. It identified four principles that underlie our Constitution as a whole, and its evolution: constitutionalism and the rule of law, democracy, the protection of minorities, and federalism (paras. 48-82). Of particular interest to us in the case at bar is federalism. According to this principle, the powers of the different levels of government in a federation are co-ordinate, not subordinate, powers. Federalism implies that a government does not encroach on the powers of the other level of government (para. 56).

[183] In that reference, the Court also commented that the proper operation of Canadian federalism sometimes requires the application of a principle

un objet de nature criminelle. La question n’est pas celle de savoir si la loi est la meilleure ou la pire, si elle atteint ses objectifs ou non, mais si elle vise un objet de droit criminel. Or, en l’espèce, sauf pour les actes totalement interdits, le dossier ne révèle aucun « mal » à réprimer. Il établit plutôt une volonté de contrôler une activité médicale, tant dans son aspect clinique que dans le cadre de la recherche parce que cela favoriserait une uniformité jugée souhaitable. La pertinence d’une législation unique pour tout le Canada en vue de réglementer une activité admise et reconnue n’est pas un objectif attributif de compétence en droit criminel.

En résumé, l’objet fondamental et dominant de la partie contestée de la loi est la protection de la santé et non pas l’élimination d’un « mal ».

[181] La Cour d’appel ne se penche pas sur le lien entre les dispositions de la loi qui sont contestées et celles qui ne le sont pas. Elle conclut simplement que les dispositions attaquées outrepassent la compétence du Parlement en droit criminel, sans étudier la doctrine de la compétence accessoire.

VI. Principes et doctrines constitutionnels applicables

[182] Avant d’examiner le contenu des compétences législatives invoquées en l’espèce, il importe de rappeler l’existence et la portée de principes constitutionnels qui encadrent le fonctionnement du fédéralisme canadien. À l’occasion du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, la Cour s’est penchée sur ces principes. Elle en a dégagé quatre qui sous-tendent l’ensemble de notre Constitution et son évolution : le constitutionnalisme et la primauté du droit; la démocratie; le respect des minorités; le fédéralisme (par. 48-82). Celui qui nous intéresse plus particulièrement dans la présente affaire est le fédéralisme. Suivant ce principe, les sphères de compétences des ordres de gouvernement au sein d’une fédération sont des pouvoirs coordonnés, et non subordonnés. En effet, le fédéralisme implique le respect des compétences respectives des deux niveaux de gouvernement (par. 56).

[183] Dans ce renvoi, notre Cour a aussi rappelé que le fonctionnement du fédéralisme canadien invitait parfois à l’application d’un principe

of subsidiarity in the arrangement of relationships between the legislative powers of the two levels of government. According to this principle, legislative action is to be taken by the government that is closest to the citizen and is thus considered to be in the best position to respond to the citizen's concerns (on the application of this principle in public law, see *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241, at para. 3). In *Reference re Secession of Quebec*, the Court expressed the opinion that "[t]he federal structure of our country also facilitates democratic participation by distributing power to the government thought to be most suited to achieving the particular societal objective having regard to this diversity" (para. 58). In taking this position, the Court recognized the possibility inherent in a federal system of applying the principle of subsidiarity, thereby enhancing its democratic dimension and democratic value added. Moreover, in *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, the majority warned against the asymmetrical effect of the doctrine of inter-jurisdictional immunity, observing that this doctrine could be seen as undermining the principle of subsidiarity (para. 45). In their view, the powers assigned in the *Constitution Act, 1867* to the provinces on the one hand and the central government on the other are largely consistent with the principle of subsidiarity. According to Professor Hogg, the broad interpretation that the Privy Council and this Court generally gave the provincial jurisdiction over property and civil rights is explained by their acceptance of the principle of subsidiarity (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 5-13). This principle is therefore an important component of Canadian federalism.

[184] In performing their function as interpreters of the law in the context of Canada's federal system, the Canadian courts have developed a number of doctrines based on constitutional principles, two of which could apply in the instant case: the double aspect doctrine and the ancillary powers doctrine. Because it can be difficult to legislate effectively within a rigid, formal framework, these two doctrines introduce a measure of flexibility

de subsidiarité dans l'aménagement des rapports entre les compétences législatives des deux ordres de gouvernement. Ce principe veut que l'intervention législative provienne de l'ordre de gouvernement qui est le plus proche du citoyen et qui est ainsi jugé le plus à même de répondre aux préoccupations de ce citoyen (sur l'application de ce principe en droit public, voir *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241, par. 3). À l'occasion du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour a en effet exprimé l'opinion que « [l]a structure fédérale de notre pays facilite aussi la participation à la démocratie en conférant des pouvoirs au gouvernement que l'on croit le mieux placé pour atteindre un objectif sociétal donné dans le contexte de cette diversité » (par. 58). Cette position reconnaît cette capacité propre à un régime de type fédéral à mettre en œuvre le principe de subsidiarité, ce qui accentue sa dimension et sa plus-value démocratiques. De plus, dans *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, la majorité s'est mise en garde contre l'effet asymétrique de la doctrine de la protection des compétences, notant que cette doctrine peut être considérée comme une menace au principe de subsidiarité (par. 45). La nature des compétences attribuées aux provinces d'une part et à l'autorité centrale d'autre part dans la *Loi constitutionnelle de 1867* serait largement conforme au principe de subsidiarité. Selon le Professeur Hogg, l'interprétation généreuse qu'ont généralement donnée le Conseil privé et notre Cour à la compétence provinciale en matière de propriété et droits civils s'explique par leur acceptation du principe de subsidiarité (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), p. 5-13). Ce principe constitue donc une composante importante du fédéralisme canadien.

[184] Dans leur rôle d'interprètes du droit, à l'occasion de la mise en œuvre du régime fédéral du Canada, les tribunaux canadiens ont élaboré un certain nombre de doctrines fondées sur les principes constitutionnels. Deux d'entre elles sont susceptibles de s'appliquer en l'espèce : le double aspect et la compétence accessoire. Parce qu'il est souvent difficile de légiférer efficacement dans un cadre formel rigide, ces deux doctrines

judgments on the application of the *Charter* have not of course purported to define the limits of the federal criminal law power, but they do clearly illustrate what is considered to be an evil, which is a question the Chief Justice does not deal with in her analysis relating to morality. We also note that, although the existence of an evil to be suppressed is not discussed in her analysis of the moral aspect of the criminal law, it is given considerable emphasis in her analysis of the public health-related aspect of the criminal law (paras. 52-56 and 62).

[240] In this context, absent an intention to change the law and give the federal criminal law power an unlimited and uncontrollable scope, the requirement of a real evil and a reasonable apprehension of harm constitutes an essential element of the substantive component of the definition of criminal law. Without it, the federal criminal law power would in reality have no limits. The federal government would have the authority under the Constitution to make laws in respect of any matter, provided that it cited its criminal law power and that it gave part of its legislation the form of a prohibition with criminal sanctions. This is what Rand J. wanted to prevent in the *Margarine Reference*.

[241] In cases in which the purpose being relied on was the protection of public health, the courts have shown less deference to Parliament if the risk could not be easily demonstrated. They may have taken this stance because risks to health can often be established through empirical studies. For example, in the *Margarine Reference*, the fact that consuming margarine entailed no health risks explains why no connection could be established between the prohibition and the criminal law power. In *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914, the failure to demonstrate a risk associated with the consumption of malt liquors accounts for the outcome of the trial. In *RJR-MacDonald*, on the other hand, given the well-established health risks

[2001] 1 R.C.S. 45, et *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123). Certes les arrêts rendus sur l'application de la *Charte* n'ont pas pour but de définir les limites de la compétence fédérale en droit criminel, mais ils illustrent bien ce qui est considéré comme un mal, une considération qui est exclue de l'analyse de la Juge en chef en relation avec la morale. Nous notons par ailleurs que si l'existence d'un mal à réprimer ne figure pas dans son analyse du volet moral du droit criminel, elle occupe par contre une place importante dans son analyse du volet relatif aux problèmes de santé publique du droit criminel (par. 52-56 et 62).

[240] Dans un tel contexte, à moins de vouloir changer le droit et conférer une portée illimitée et incontrôlable à la compétence fédérale en droit criminel, l'exigence que le mal soit réel et que l'appréhension du préjudice soit raisonnable constitue une composante essentielle du volet matériel de la définition du droit criminel. L'absence d'une telle exigence supprimerait dans les faits toute limite du pouvoir fédéral de légiférer en droit criminel. La constitution canadienne autoriserait alors le gouvernement fédéral à légiférer en toutes matières dès lors qu'il invoque sa compétence en droit criminel et confère à une partie de sa mesure législative une forme prohibitive assortie de sanctions pénales. C'est ce que le juge Rand a voulu empêcher dans le *Renvoi sur la margarine*.

[241] Lorsque l'objectif invoqué était la protection de la santé publique et que le risque ne pouvait être démontré facilement, les tribunaux se sont montrés exigeants envers le législateur fédéral. Cette attitude peut s'expliquer par le fait que des études empiriques parviennent souvent à démontrer l'existence de risques divers pour la santé. Par exemple, dans le *Renvoi sur la margarine*, l'absence de risque sanitaire associé à la consommation de la margarine explique que l'interdiction ne pouvait être rattachée au chef de compétence relatif au droit criminel. Dans l'affaire *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914, l'absence de démonstration du risque lié à la consommation des liqueurs de malt explique l'issue du procès. Par contre, dans

associated with tobacco consumption, the exercise of the criminal law power was found to be justified.

[242] Furthermore, the fact that certain provisions of a statute have a connection with the criminal law does not mean that the entire statute can be justified in the same manner and on the same basis. For example, in *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284, the majority clearly stated that the *Food and Drugs Act* had three distinct parts, one of which — on marketing — fell under the trade and commerce power rather than the criminal law power (p. 288). The same type of distinction was made in the *Margarine Reference*, and it resulted in a declaration that the provisions respecting the production, possession and sale of the products in question were invalid. A similar distinction can be drawn in the case at bar between the absolute prohibitions and the impugned provisions of the *AHR Act*.

[243] Although a reasoned apprehension of harm necessarily constitutes a criminal law purpose, health, ethics and morality do not automatically arouse such an apprehension in every case. For an activity to fall under the criminal law, it must be found that there is an evil to be suppressed or prevented and that the pith and substance of the provisions in issue is the suppression of that evil or the elimination of that reasoned risk of harm.

[244] When Parliament exercises a power assigned to it, it can establish national standards. However, administrative efficiency alone cannot be relied on to justify legislative action by Parliament (*Margarine Reference*, at p. 52). The action must be taken within the limits of an assigned head. Recourse to the criminal law power cannot therefore be based solely on concerns for efficiency or consistency, as such concerns, viewed in isolation, do not fall under the criminal law. The three criteria of the criminal law must be met.

RJR-MacDonald, devant les conséquences néfastes bien établies de la consommation de tabac, l'exercice du pouvoir de légiférer en matière de droit criminel a été considéré comme justifié.

[242] De plus, nous tenons à souligner que le rattachement de certaines dispositions d'une loi au droit criminel ne signifie pas que toute la loi soit justifiée de la même façon et sur la même base. Ainsi, dans *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284, la majorité a clairement affirmé que la *Loi des aliments et drogues* comporte trois parties distinctes, dont l'une — qui porte sur la commercialisation — relève de la compétence sur les échanges et le commerce, et non de la compétence sur le droit criminel (p. 288). Le même type de distinction a été fait dans le *Renvoi sur la margarine* et a conduit à une déclaration d'invalidité des dispositions sur la production, la possession et la vente des produits concernés. Une distinction semblable peut être faite dans la présente affaire entre les prohibitions absolues et les dispositions contestées de la *LPA*.

[243] Si la crainte raisonnée de préjudice constitue nécessairement un objet justifiant le recours en droit criminel, la santé, l'éthique et la morale ne suscitent pas d'emblée ou dans tous les cas une telle crainte. Pour qu'une activité relève du droit criminel, il faut conclure qu'il existe un mal à réprimer ou à prévenir et que, de fait, le caractère véritable des dispositions en question est la répression de ce mal ou la prévention de ce risque raisonné de préjudice.

[244] L'exercice par le Parlement d'une compétence qui lui est attribuée lui permet d'établir des normes nationales. L'efficacité administrative à elle seule ne peut cependant pas justifier l'intervention législative de l'ordre fédéral (*Renvoi sur la margarine*, p. 52). Encore faut-il que cette intervention respecte les limites d'une compétence attribuée. Le recours au pouvoir de légiférer en matière de droit criminel ne saurait donc se fonder simplement sur un souci d'efficacité ou d'uniformité, puisqu'un tel objet, pris isolément, ne relève pas du droit criminel. Les trois composantes du droit criminel doivent être présentes.

[245] The subjects set out in the lists of federal and provincial powers represent an organizational framework for constitutional powers that is designed to establish a federal scheme and enable the scheme to develop in accordance with its fundamental structures. As the Court noted in the *Reference re Firearms Act*, Canada's constitutional balance of powers requires each level of government to respect the other's jurisdiction:

Although the criminal law power is broad, it is not unlimited. Some of the parties before us expressed the fear that the criminal law power might be illegitimately used to invade the provincial domain and usurp provincial power. A properly restrained understanding of the criminal law power guards against this possibility. [para. 30]

[246] The principles underlying the balance of Canadian federalism themselves require that rules that relate in pith and substance to the criminal law power be distinguished from those that, although having a regulatory aspect, are intended to govern fields falling under other — exclusive or concurrent — federal or provincial powers.

(2) Lack of a Connection Between the Pith and Substance of the Impugned Provisions and the Federal Criminal Law Power

[247] In the instant case, the primary focus of the analysis is on the “evil” the impugned provisions are intended to suppress. The Attorney General of Canada relies on the fact that the criminal law has traditionally been linked to Parliament's power to make laws in relation to safety, morality and public health. More specifically, he submits that the scheme in issue contemplates a range of activities that pose risks to the fundamental values of morality and public health, and that these risks explain the enactment of this diverse set of measures and justify the concerns expressed with respect to assisted human reproduction and the creation of life. The Chief Justice goes even further, as she departs from the Attorney General of Canada's position. She considers that the purpose of the *AHR Act* is to prohibit conduct considered by Parliament to be reprehensible (para. 30).

[245] Les matières énumérées à la liste des compétences fédérales et provinciales représentent un cadre d'organisation des pouvoirs constitutionnels destiné à établir un régime fédéral et à permettre son développement dans le respect de ses structures fondamentales. Du respect des compétences des deux ordres de gouvernement dépend l'équilibre fédératif canadien, ce que rappelle la Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu* :

La compétence en matière de droit criminel est vaste, mais elle n'est pas illimitée. Certaines parties ont exprimé devant notre cour la crainte que cette compétence soit utilisée de façon illégitime pour envahir un domaine provincial et usurper des pouvoirs provinciaux. Une perception dûment pondérée de la compétence en matière de droit criminel exclut cette éventualité. [par. 30]

[246] Les règles qui fondent l'équilibre du fédéralisme canadien exigent elles-mêmes que l'on distingue les normes qui, par leur caractère véritable, ressortissent au droit criminel de celles qui, même si elles revêtent un aspect réglementaire, visent à régir un domaine relevant d'autres compétences fédérales ou provinciales, exclusives ou concurrentes.

(2) Absence de rattachement du caractère véritable des dispositions contestées à la compétence fédérale en droit criminel

[247] En l'espèce, l'analyse porte principalement sur le « mal » que le Parlement vise à réprimer au moyen des dispositions contestées. Le procureur général du Canada s'appuie sur le fait que, traditionnellement, le droit criminel est lié à la compétence du Parlement de légiférer pour protéger la sécurité, la morale et la santé publique. Il soutient plus précisément que le régime en cause vise un ensemble d'activités présentant des risques d'atteinte aux valeurs fondamentales que sont la morale et la santé publique. Ces risques expliqueraient l'adoption de cet ensemble de mesures diverses et justifieraient les préoccupations exprimées au sujet de la procréation assistée et de la création de la vie. La Juge en chef va même plus loin, s'écartant ainsi de la thèse avancée par le procureur général du Canada. Elle estime que la *LPA* vise à réprimer des actes que le Parlement tient pour répréhensibles (par. 30).

[248] The problem with these positions is that although a connection can be made between the pith and substance of the absolute prohibitions and a risk of harm, the same cannot be said of the regulation of the other activities and of the regulatory scheme that is established. It should be noted that the *AHR Act* prohibits, for example, altering the genome of a cell such that the alteration is capable of being transmitted to descendants (s. 5(1)(f)) or creating animal-human hybrids (s. 5(1)(h), (i) and (j)). The Baird Commission concluded that there was a consensus in society that these activities threaten the future of the human race.

[249] As for the controlled activities, they include practices such as insemination and *in vitro* fertilization using genetic material from a man and a woman who will become the parents. These are legitimate practices on which, according to the Baird Commission, a broad consensus exists (Baird Report, at p. 140). They have even been included among the basic services covered by Ontario's health insurance plan for more than 15 years (Baird Report, at p. 82).

[250] To find that the pith and substance of the impugned provisions relates to the prohibition of reprehensible conduct is therefore problematic in two ways. First, from the standpoint of morality, no evil has been identified. Second, all activities related to assisted human reproduction are regulated, not just specific ones that Parliament could theoretically have considered — but in fact did not consider — reprehensible. A review of all the work of the Baird Commission and the discussion group together with the Health Canada studies, the importance of which we highlighted above, confirms that, where the impugned provisions are concerned, Parliament's action did not have the purpose of upholding morality and was not based on a reasoned apprehension of harm. The Baird Commission had drawn a fundamental distinction between the activities the prohibition of which is not being challenged and a set of activities to be regulated, the beneficial nature of which it emphasized. Finally, in its statement of principles, Parliament made it clear that it considered assisted

[248] Ces thèses posent problème, car si le caractère véritable des prohibitions absolues peut être lié à un risque de préjudice, il n'en va pas de même de la réglementation des autres activités et du régime de contrôle mis en place. Rappelons que la *LPA* prohibe par exemple la modification du génome d'une cellule de façon à rendre la modification transmissible aux descendants (al. 5(1)f)) ou la création d'hybrides animal-humain (al. 5(1)h), i) et j)). La Commission Baird avait conclu qu'il existait un consensus social sur le caractère dangereux de ces activités pour l'avenir de la race humaine.

[249] Pour leur part, les activités réglementées englobent des pratiques comme l'insémination ou la fécondation *in vitro* à partir de matériel génétique provenant d'un homme et d'une femme qui seront les parents. Il s'agit de pratiques légitimes au sujet desquelles la Commission Baird reconnaissait l'existence d'un large consensus (Rapport Baird, p. 158) et qui font même partie des services de base couverts par le régime d'assurance-maladie de l'Ontario depuis plus de 15 ans (Rapport Baird, p. 94).

[250] Conclure que le caractère véritable des dispositions contestées réside dans la répression d'actes répréhensibles est donc problématique à deux titres. D'abord, pour ce qui est de la morale, aucun mal n'est identifié. Ensuite, toutes les activités liées à la procréation assistée sont réglementées, et non seulement les activités particulières qui, théoriquement, auraient pu être considérées comme répréhensibles par le Parlement et qui ne l'ont pas été réellement. L'examen de l'ensemble des travaux de la Commission Baird et du groupe de discussion, ainsi que des études de Santé Canada dont nous avons rappelé l'importance confirme que l'intervention du Parlement, en ce qui a trait aux dispositions attaquées, n'avait aucunement comme objectif de préserver la morale et n'était pas fondée sur une appréhension raisonnée de préjudice. La Commission Baird avait reconnu une distinction fondamentale entre les actes dont la prohibition n'est pas contestée et un ensemble d'activités destinées à être réglementées et dont elle mettait en évidence le caractère bénéfique. Enfin, dans son

reproduction services to be beneficial. In light of the evidence, the concerns that led Parliament to enact the impugned provisions quite simply did not include the purpose of upholding morality relied on by the Chief Justice.

[251] Nothing in the record suggests that the controlled activities should be regarded as conduct that is reprehensible or represents a serious risk to morality, safety or public health. As we mentioned above, Parliament, in adopting the Baird Report's recommendation on controlled activities, intended to establish national standards for assisted human reproduction. The purpose was not, therefore, to protect those who might resort to assisted human reproduction on the basis that it was inherently harmful. Assisted human reproduction was not then, nor is it now, an evil needing to be suppressed. In fact, it is a burgeoning field of medical practice and research that, as Parliament mentions in s. 2 of the *AHR Act*, brings benefits to many Canadians.

[252] Both at the time of the Baird Commission's work and during the parliamentary debates, questions were raised and comments made about Parliament's authority to create such a regulatory scheme. We have already mentioned the Commission's opinion on the prohibited activities and the controlled activities, but there is more. It is clear from the Commission's report that its mandate and its recommendations were conducive to actions involving more than just the federal government's legislative powers:

It is clear, then, that many sectors of society beyond the health care sector and public institutions beyond the federal government will have crucial roles to play. Concerted action and cooperation by the provinces/territories, the professions, and other key participants in the context of the proposed national framework are the only way to ensure ethical and accountable use of new reproductive technologies in Canada — now and in the future. [p. 1021]

énoncé de principes, le Parlement indique clairement qu'il tient pour bénéfiques les services liés à la procréation assistée. Au vu de la preuve, l'objectif de préserver la morale sur lequel s'appuie la Juge en chef est tout simplement absent des préoccupations du Parlement pour ce qui est des dispositions contestées.

[251] Le dossier ne fait état d'aucun élément qui assimilerait les activités réglementées à des actes répréhensibles ou présentant des risques graves pour la morale, la sécurité ou la santé publique. Comme nous le relevons précédemment, en adoptant la recommandation du Rapport Baird concernant les activités réglementées, le but du Parlement était d'établir des normes nationales pour régir la procréation assistée. Il ne s'agissait donc pas de protéger les personnes susceptibles de recourir à celle-ci au motif qu'elle est néfaste en soi. La procréation assistée n'était pas alors un mal qu'il convenait de réprimer, et elle ne l'est pas non plus aujourd'hui. En réalité, il s'agit d'un domaine en plein essor de la pratique médicale et de la recherche qui, comme l'énonce le Parlement à l'art. 2 de la *LPA*, comporte des avantages pour de nombreux Canadiens et Canadiennes.

[252] Tant lors des travaux de la Commission Baird que lors des débats parlementaires, la compétence du Parlement d'instituer le régime réglementaire a suscité interrogations et commentaires. Nous avons déjà mentionné l'opinion de la Commission sur les actes prohibés et sur les activités réglementées, mais il y a plus. À la lecture de son rapport, on constate d'emblée que le mandat et les recommandations de la Commission sont de nature à susciter des interventions qui dépassent le cadre des seules compétences législatives fédérales :

Il est donc clair que bien des secteurs de la société, outre celui de la santé, et de nombreuses institutions publiques, en plus du gouvernement fédéral, auront un rôle capital à jouer. L'action concertée et la collaboration des provinces et des territoires, des professionnels et d'autres participants clés, dans le cadre national proposé, sont les seuls moyens d'assurer que — dès maintenant et dans l'avenir — le recours aux nouvelles techniques de reproduction au Canada est sûr et conforme à l'éthique. [p. 1157]

[253] Regardless of whether the Commission's opinion on the need to rely on the general federal power to make laws for the peace, order and good government of Canada was valid, it appears to have been shared by stakeholders at that time. For example, in the news release announcing the moratorium on prohibited activities, the federal Minister of Health mentioned consultations with the provinces on the regulation of assisted human reproduction and stated that those consultations would be "extensive and complex due to the nature of the shared jurisdiction among the federal, provincial and territorial governments in this area" (p. 2). Approval for basing the regulatory scheme on the criminal law power was far from unanimous. Many of those who participated in the proceedings pointed out that many aspects of the field of assisted human reproduction fell within provincial jurisdiction. Moreover, in his testimony in 2001 before the Standing Committee on Health, which was studying the draft bill, the Minister of Health referred, in discussing the constitutional basis for federal action, not to the criminal law power, but to the "general jurisdiction to legislate where there are broad matters of health and safety and order concerning all Canadians" (House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Health*, No. 013, 1st Sess., 37th Parl., May 3, 2001, at 11:35 (online); see also *House of Commons Debates*, May 21, 2002, May 27, 2002, and January 28, 2003).

[254] The concerns expressed by many participants and their hesitation to base the legislative framework on the federal criminal law power should come as no surprise. Although assisted human reproduction raises moral and ethical questions, this does not necessarily mean that exercising the criminal law power is justified on the basis that there is an evil to be suppressed. Rather, both those who testified before the Baird Commission and those who participated in the parliamentary debates acknowledged that the development of assisted human reproduction amounts to a step forward for the constantly growing number of people dealing with infertility. Moreover, it represents the only option for homosexuals who wish to reproduce. The risks for the health and safety of people

[253] Que l'opinion de la Commission sur la nécessité de recourir à la compétence fédérale générale pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement soit fondée ou non, elle semblait partagée par les intervenants de l'époque. Ainsi, dans le communiqué annonçant le moratoire sur les actes prohibés, le ministre fédéral de la Santé faisait mention de la consultation des provinces sur l'encadrement de la procréation assistée et indiquait qu'il s'agissait d'un « exercice intense et complexe en raison du partage des compétences fédérales, provinciales et territoriales dans ce domaine » (p. 2). L'exercice de la compétence en matière de droit criminel pour créer le régime de réglementation était loin de faire l'unanimité. De nombreux intervenants firent valoir que maints aspects de la procréation assistée relevaient des provinces. Lors de son témoignage en 2001 devant le Comité permanent de la santé qui étudiait l'avant-projet de loi, le ministre de la Santé invoquait d'ailleurs, comme fondement constitutionnel de l'intervention fédérale, non pas la compétence en droit criminel, mais le « pouvoir général de légiférer quand se posent pour tous les Canadiens de grandes questions en matière de santé ainsi que de sécurité et d'ordre » (Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la santé*, n° 013, 1^{re} sess., 37^e lég., 3 mai 2001, 11:35 (en ligne); voir aussi *Débats de la Chambre des communes*, 21 mai 2002, 27 mai 2002 et 28 janvier 2003).

[254] Les inquiétudes de nombreux intervenants et leur hésitation à fonder l'encadrement réglementaire sur la compétence fédérale en droit criminel ne doivent pas nous étonner. En effet, si la procréation assistée soulève des questions morales et éthiques, cela ne signifie pas nécessairement que le recours au droit criminel est justifié par l'existence d'un mal à réprimer. Tant devant la Commission Baird qu'au cours des travaux parlementaires, les interventions traduisent plutôt une reconnaissance du fait que le développement de la procréation assistée représente un progrès pour le nombre sans cesse croissant de personnes aux prises avec l'infertilité. De plus, il s'agit de la seule avenue qui s'offre aux personnes homosexuelles qui veulent procréer. Les risques pour la santé et la sécurité des

who resort to these technologies do not distinguish the field of assisted human reproduction from other fields of medical practice that have evolved after a period of experimentation, such as that of organ transplants or grafts.

[255] Medical advances are not limited to the field of assisted human reproduction, and many such advances can raise issues related to ethics, morality, safety and public health. There is no question that the success rate of the first few attempts at heart bypass surgery was less spectacular, the technologies less sophisticated and the materials less diverse. Although heart surgery, like many other medical treatments, may raise issues related to health, safety, ethics and morality, particularly where children, senior citizens or disabled persons are involved, criminalizing the practice of cardiology is not being considered. Neither a desire for uniformity nor the very novelty of a medical technology can serve as the basis for an exercise of the federal criminal law power.

[256] In the end, if we were to adopt the Attorney General of Canada's interpretation and accept that the fact that a technology is "novel" justifies, on its own, resorting to the criminal law power, nearly every new medical technology could be brought within federal jurisdiction. This view of the criminal law is incompatible with the federal nature of Canada; it not only upsets the constitutional balance of powers in the field of health, but also undermines the very definition of federalism.

[257] We cannot, therefore, accept the argument that the criminal law power gives Parliament an unconditional substantive right to take action to protect morality, safety and public health. The Attorney General of Canada has in the alternative invoked no other powers that could serve as a basis for the exercise of Parliament's legislative authority.

[258] As we explained above, in determining whether a provision is valid, the court must

personnes qui recourent aux techniques en cause ne font pas de la procréation assistée un domaine différent des autres champs de la pratique médicale qui ont évolué après une période d'expérimentation, comme la transplantation ou la greffe d'organes.

[255] Les progrès médicaux ne se limitent pas au seul domaine de la procréation assistée, et un grand nombre d'entre eux sont susceptibles de soulever des questions liées à l'éthique, à la morale, à la sécurité et à la santé publique. Certes, lors des premiers pontages cardiaques, le taux de réussite était moins spectaculaire, les techniques moins sophistiquées et les matériaux moins diversifiés. Bien qu'une chirurgie cardiaque — comme de nombreux autres traitements médicaux par ailleurs — puisse soulever des questions de santé, de sécurité, d'éthique et de morale, notamment lorsque des enfants ou des personnes âgées ou handicapées sont concernées, on ne songe pas pour autant à criminaliser la cardiologie. Pas plus que le désir d'uniformité, le seul caractère novateur d'une technique médicale ne saurait servir de fondement à l'exercice de la compétence fédérale en droit criminel.

[256] À terme, retenir l'interprétation du procureur général du Canada et reconnaître que le caractère « inédit » d'une technique justifie en soi le recours au droit criminel pourrait mener à l'assujettissement de presque toutes les nouvelles techniques médicales à la compétence fédérale. Cette conception du droit criminel est incompatible avec la nature fédérative de notre État; non seulement elle bouleverse notre équilibre fédératif dans le domaine de la santé, mais elle mine aussi la définition même du fédéralisme.

[257] Par conséquent, nous rejetons l'argument selon lequel la compétence en droit criminel conférerait au Parlement, sur le plan matériel, un droit inconditionnel d'intervenir pour protéger la morale, la sécurité et la santé publique. Le procureur général du Canada n'a pas invoqué à titre subsidiaire d'autres compétences susceptibles de fonder l'exercice du pouvoir législatif du Parlement.

[258] Comme nous l'avons expliqué plus tôt, pour statuer sur la validité d'une disposition, il faut entre

examine, *inter alia*, the overflow from the exclusive jurisdiction of the government that enacted it. Often, the overflow is proved by demonstrating that the rules fall within the jurisdiction of the other level of government, and the Attorney General of Quebec has in fact done so in the instant case. We will now therefore turn to the connection between the impugned provisions and the exclusive provincial power.

(3) Connection With Provincial Powers

[259] The Attorney General of Quebec submits that the impugned provisions fall within the provinces' exclusive jurisdiction over hospitals, education, property and civil rights, and matters of a merely local nature (s. 92(7), (13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*). It is clear from the record that the impugned statutory provisions fall under various provincial heads of power.

[260] A lengthy review is not needed to determine that the impugned provisions affect rules with respect to the management of hospitals. Parliament has provided that the *AHR Act* applies to all premises in which controlled activities are undertaken (s. 13). Yet it is inconceivable that assisted reproductive technologies could be employed without the support of institutions under provincial jurisdiction: such institutions are where specimens are taken, diagnoses are made, materials are stored, treatment is provided and follow-up takes place. The power of the provinces to make laws in relation to the establishment, maintenance and management of hospitals is therefore engaged, and it necessarily includes the power to establish standards for the operation of such institutions (see *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 24). For the purpose of establishing a constitutional connection, there is no reason to distinguish clinics or laboratories that conduct analyses or take specimens from hospitals. All such institutions are related on the basis of a common practice, and they cannot be characterized using any term other than "hospital" merely because they are specialized or small. Thus, it is

autres se pencher sur le débordement de la compétence exclusive de l'ordre qui l'a adoptée. Le débordement se prouve souvent en démontrant que les normes relèvent de la compétence de l'autre ordre de gouvernement. C'est ce que le procureur général du Québec a fait en l'espèce. C'est pourquoi nous passons au rattachement des dispositions contestées à la compétence exclusive des provinces.

(3) Rattachement aux compétences des provinces

[259] Le procureur général du Québec plaide que les dispositions contestées relèvent de la compétence exclusive des provinces sur les hôpitaux, l'éducation, la propriété et les droits civils et les matières d'une nature purement locale (par. 92(7), (13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*). L'étude du dossier confirme que les dispositions législatives contestées relèvent de divers chefs de compétence provinciale.

[260] Il n'est pas nécessaire de procéder à un long examen pour constater que les dispositions contestées touchent les normes de gestion des hôpitaux. En effet, le Parlement a assujéti à la *LPA* tous les établissements où des activités réglementées sont exercées (art. 13). Cela étant, il est impossible d'envisager le recours aux techniques de procréation assistée sans l'appui d'établissements relevant des provinces : les prélèvements y sont effectués, les diagnostics y sont posés, le matériel y est conservé, les traitements y sont fournis et le suivi y est assuré. La compétence des provinces de légiférer sur l'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux est donc concernée et elle emporte nécessairement celle d'assujéti à des normes le fonctionnement des centres hospitaliers (voir *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 24). Aux fins du rattachement constitutionnel, il n'y a pas lieu de distinguer entre les cliniques ou les laboratoires d'analyse ou de prélèvement et les hôpitaux. Tous ces établissements sont liés par une pratique commune, et leur spécialisation ou leur taille ne permet pas de les qualifier à l'aide d'un autre vocable qu'« hôpital ». Il est donc clair que les dispositions qui imposent des

clear that the provisions that impose obligations in respect of premises where activities related to assisted reproduction take place are intended to apply to all such activities and all such institutions, without distinguishing between clinics and hospitals. In this sense, in light of the pith and substance of the impugned provisions — the regulation of assisted human reproduction as a health service — those provisions are closely connected with the activities of hospitals and fall within the power of the provinces to make laws in relation to that matter.

[261] The Attorney General of Quebec also argues that the provinces' power to make laws in relation to education is engaged here. This argument is not convincing. The rules established in the *AHR Act* relate to this power only to the extent that the activities associated with assisted human reproduction either require certain qualifications for which special training is necessary or take place in university hospitals for research or educational purposes. Furthermore, the purpose of the Federal Agency's authority to oversee persons and institutions licensed to engage in assisted reproductive activities is not related to training or to the framework within which training takes place. The rules do not therefore have the regulation of teaching as their pith and substance, and the provisions themselves are only indirectly connected with the provinces' power in relation to education.

[262] The other two heads of power relied on by the Attorney General of Quebec are property and civil rights, and local matters. These two powers, which are often invoked together, are broad. The expression "civil rights" is now understood in association with fundamental freedoms. In the context of s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, however, it refers to the field of private law (H. Brun, G. Tremblay and E. Brouillet, *Droit Constitutionnel* (5th ed. 2008); A. Tremblay, *Les Compétences législatives au Canada et les Pouvoirs provinciaux en Matière de Propriété et de Droits civils* (1967)). More specifically, this head of power covers property, the status and capacity of persons, the family, matrimonial agreements, extracontractual and contractual liability, privileges, hypothecs,

obligations à l'égard des établissements où sont exercées des activités liées à la procréation assistée ont pour objet de régir l'ensemble de ces activités et de ces établissements, et ce, sans distinguer entre une clinique ou un hôpital. En ce sens, le caractère véritable des dispositions — la réglementation de la procréation assistée en tant que service de santé — rattache étroitement les dispositions contestées aux activités des hôpitaux et les fait relever du pouvoir des provinces de légiférer sur cette matière.

[261] Le procureur général du Québec soutient aussi que la compétence législative des provinces en matière d'éducation est en jeu. L'argument n'est pas convaincant. En effet, les normes de la *LPA* ne s'appliquent que dans la mesure où les activités liées à la procréation assistée exigent certaines qualifications nécessitant une formation particulière ou qu'elles se déroulent dans des hôpitaux universitaires à des fins de recherche ou de formation. De plus, nous constatons que le pouvoir de surveillance accordé à l'Agence fédérale à l'égard des personnes et des établissements autorisés à exercer des activités liées à la procréation assistée ne vise pas la formation ni son encadrement. Le caractère véritable des normes ne vise donc pas la réglementation de l'enseignement, et les dispositions comme telles ne sont qu'indirectement rattachées à la compétence provinciale sur l'éducation.

[262] Les deux autres chefs de compétence invoqués par le procureur général du Québec sont la propriété et les droits civils, ainsi que les matières locales. Souvent invoqués de pair, ils ont une vaste portée. L'acception moderne associe le terme « droits civils » aux libertés fondamentales. Cependant, dans le contexte du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il renvoie plutôt au domaine du droit privé (H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (5^e éd. 2008); A. Tremblay, *Les Compétences législatives au Canada et les Pouvoirs provinciaux en Matière de Propriété et de Droits civils* (1967)). Plus précisément, ce champ de compétence comprend les biens, l'état et la capacité des personnes, la famille, les conventions matrimoniales, la

liberalities and successions, and prescription. In short, it concerns a very large number of subjects that are addressed, in the case of Quebec, in the *Civil Code of Québec* (G.-A. Beaudoin, in collaboration with P. Thibault, *La Constitution du Canada: institutions, partage des pouvoirs, Charte canadienne des droits et libertés* (3rd ed. 2004)). Because of its broad scope, this head of power is often referred to as a partial residual jurisdiction.

[263] The power to make laws in relation to property and civil rights, which is by far the most important of the provincial heads of power, has been relied on so often in challenges of federal laws that “[m]ost of the major constitutional cases have turned on the competition between one or more of the federal heads of power, on the one hand, and property and civil rights, on the other” (Hogg, at p. 21-2). Since the founding of the Canadian federation, many government measures, including health-related measures, have been connected with this head of power (*Workmen’s Compensation Board v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1920] A.C. 184 (P.C.)).

[264] The power of the provinces in relation to matters of a merely local or private nature — which can also be regarded as a partial residual jurisdiction — has often been relied on in conjunction with their power in relation to property and civil rights (*Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] S.C.R. 396; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662, at p. 699; *Attorney General for Canada and Dupond v. City of Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770, at p. 792; *Siemens v. Manitoba*, at para. 22). Indeed, the courts have tended to consider the two heads of power as one. In *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112, however, the majority of this Court held that this power to make laws in relation to matters of a merely local nature was the only source of the provinces’ general authority over health that supported a finding that the *Heroin Treatment Act, 1978*, enacted by the British Columbia legislature was valid.

responsabilité extracontractuelle et contractuelle, les privilèges, les hypothèques, les libéralités et les successions et la prescription. Il se rapporte en somme à un très grand nombre de sujets dont traite, dans le cas du Québec, le *Code civil du Québec* (G.-A. Beaudoin, en collaboration avec P. Thibault, *La Constitution du Canada : institutions, partage des pouvoirs, Charte canadienne des droits et libertés* (3^e éd. 2004)). En raison de la vaste portée de ce champ de compétence, on y réfère souvent à titre de compétence résiduelle partielle.

[263] De loin le plus important des chefs de compétence provinciale, le pouvoir de légiférer sur la propriété et les droits civils est si souvent invoqué pour contester des lois fédérales que, [TRADUCTION] « [d]ans la plupart des grandes causes constitutionnelles, on oppos[e], d’une part, un ou plusieurs chefs de compétence fédérale, et, d’autre part, la compétence sur la propriété et les droits civils » (Hogg, p. 21-2). Depuis la naissance de la fédération canadienne, nombre de mesures gouvernementales ont été rattachées à ce champ de compétence, notamment en matière de santé (*Workmen’s Compensation Board c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1920] A.C. 184 (C.P.)).

[264] La compétence des provinces sur les matières de nature purement locale ou privée — qu’il convient aussi de considérer comme une compétence résiduelle partielle — est souvent invoquée de pair avec la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils (*Provincial Secretary of Prince Edward Island c. Egan*, [1941] R.C.S. 396; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662, p. 699; *Procureur général du Canada et Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770, p. 792; *Siemens c. Manitoba*, par. 22). La jurisprudence tend d’ailleurs à les assimiler l’une à l’autre. Toutefois, dans *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, la majorité a considéré ce pouvoir de légiférer sur les matières de nature purement locale comme étant la seule source de compétence générale des provinces en santé qui permettait de reconnaître la validité de l’*Heroin Treatment Act, 1978*, adoptée par la législature de la Colombie-Britannique.

[265] In reviewing the effects of the impugned provisions, we observed that the provisions affect essential aspects of the relationship between a physician and persons who require assistance for reproduction. The fact that several of the impugned provisions concern subjects that are already governed by the *Civil Code of Québec*, the *AHSSS*, the *Medical Act* and the rules of ethics applicable to the professionals in question is an important indication that, in pith and substance, the provisions lie at the very core of the provinces' jurisdiction over civil rights and local matters.

[266] To say, as the Attorney General of Canada does, that the impugned provisions have nothing to do with the quality of medical procedures is to deny the medical environment in which assisted human reproduction activities take place, where the physician plays a crucial role. Not only is the physician centrally involved in making the diagnosis, but he or she is also one of the people who will provide the information the patients need to make a decision and who will act on that decision and then follow up on the treatment. Ample proof of the effect of the impugned provisions of the *AHR Act* on the practice of medicine can be found in the obligations the provisions impose not only on physicians, but also on the institutions where assisted reproduction services are dispensed. Consent to treatment and to the donation and use of genetic material for assisted human reproduction — which forms the purpose of the regulations that are provided for — is intimately related to property and civil rights. In addition, the regulation of the medical profession and of the relationship between service providers and persons needing assistance to reproduce are also local matters for the purposes of the division of powers. Thus, viewed from the perspective of their dominant purpose and their effects, the impugned provisions have a close connection with the power to make laws in relation to civil rights and local matters.

[267] In short, the fact that the impugned provisions have a significant effect on activities that generally fall within the exclusive jurisdiction of the provinces confirms that those provisions represent an overflow of the exercise of the federal criminal

[265] Dans notre examen des effets des dispositions contestées, nous avons constaté qu'elles touchent des éléments essentiels de la relation entre le médecin et les personnes qui ont besoin d'aide pour procréer. Le fait que plusieurs des dispositions contestées portent sur des sujets déjà régis par le *Code civil du Québec*, la *LSSSS*, la *Loi médicale* et les règles de déontologie applicables aux professionnels en cause est une indication importante que, par leur caractère véritable, les dispositions se situent au cœur même de la compétence provinciale sur les droits civils et sur les matières locales.

[266] Affirmer, comme le fait le procureur général du Canada, que les dispositions contestées n'ont rien à voir avec la qualité des services médicaux revient à nier l'environnement dans lequel se déroule la procréation assistée. Le rôle du médecin y est crucial. Le médecin intervient non seulement au stade du diagnostic, mais il est aussi l'une des personnes qui fournira les informations nécessaires à la prise de la décision du patient, à la mise en œuvre de cette décision et au suivi du traitement. L'effet sur l'exercice de la médecine ressort amplement de l'examen des obligations auxquelles les dispositions contestées de la *LPA* assujettissent non seulement les médecins, mais aussi les établissements où sont dispensés les services de procréation assistée. Le consentement aux traitements, aux dons et à l'utilisation du matériel génétique pour la procréation assistée — qui est l'objet de la réglementation prévue — est intimement lié à la propriété et aux droits civils. Par ailleurs, l'encadrement de la profession médicale et de la relation entre les fournisseurs de services et les personnes qui ont besoin d'aide pour procréer sont tout autant des matières locales pour les besoins de la répartition des compétences. Considérées du point de vue de leur objet principal et de leurs effets, les dispositions contestées ont donc un rapport étroit avec la compétence sur les droits civils et les matières locales.

[267] En somme, les dispositions contestées débordent les limites de la compétence fédérale en droit criminel, ce que confirme leur effet important sur des activités qui relèvent généralement de la compétence exclusive des provinces. À ce stade,

intention was to enact legislation in relation to a matter outside its jurisdiction.

VIII. Conclusion

[281] For these reasons, we would answer the constitutional question in the affirmative, except to the extent that the offences provided for in ss. 60 and 61 relate to provisions that are not in dispute. We would uphold the conclusion of the Quebec Court of Appeal and dismiss the appeal with this same reservation. In the circumstances of this appeal, we would not award costs.

The following are the reasons delivered by

[282] CROMWELL J. — I respectfully disagree with the results proposed both by the Chief Justice and by Justices LeBel and Deschamps.

[283] The main question, as I see it, is whether the federal criminal law power permits Parliament to regulate virtually all aspects of research and clinical practice in relation to assisted human reproduction. In my view, it does not.

[284] I part company with my colleagues at the first step of the constitutional analysis. At this first step, the Court must determine the “matter” to which the impugned provisions relate. The “matter” (or, as it has often been called, the “pith and substance”) of the challenged provisions is the essence of what the law does and how it does it: *Chatterjee v. Ontario (Attorney General)*, 2009 SCC 19, [2009] 1 S.C.R. 624, *per* Binnie J., at para. 16. To determine the “matter” of the challenged provisions, the Court must examine both their purpose and effects.

[285] In my view, the essence of the impugned provisions of the *Assisted Human Reproduction Act*, S.C. 2004, c. 2, is regulation of virtually every aspect of research and clinical practice in relation

réglementation traduit la volonté du Parlement de légiférer sur une matière qui ne relève pas de sa compétence.

VIII. Conclusion

[281] Pour ces motifs, nous sommes d’avis que la question constitutionnelle doit recevoir une réponse affirmative, sauf dans la mesure où les infractions créées par les art. 60 et 61 se rapportent à des dispositions qui ne sont pas contestées. Il y a lieu de confirmer la conclusion de la Cour d’appel du Québec et de rejeter l’appel avec cette même réserve. Dans les circonstances de cet appel, nous n’accorderions pas de dépens.

Version française des motifs rendus par

[282] LE JUGE CROMWELL — En toute déférence, je ne suis d’accord ni avec la Juge en chef ni avec les juges LeBel et Deschamps pour ce qui est de l’issue qu’ils proposent.

[283] À mon sens, le litige réside principalement dans la question de savoir si le pouvoir du Parlement de légiférer en droit criminel l’autorise à réglementer presque toutes les facettes de la recherche et de l’activité clinique liées à la procréation assistée. J’estime que ce n’est pas le cas.

[284] Mon désaccord avec mes collègues intervient à la première étape de l’analyse constitutionnelle, lorsqu’il s’agit de déterminer la « matière » dont relèvent les dispositions contestées. Cette « matière » (ou, comme on l’appelle souvent, le « caractère véritable » des dispositions en cause) correspond au caractère essentiel de l’objectif de la loi et de la manière dont il est atteint : *Chatterjee c. Ontario (Procureur général)*, 2009 CSC 19, [2009] 1 R.C.S. 624, le juge Binnie, par. 16. Afin de déterminer la « matière » à laquelle ressortissent les dispositions en cause, la Cour doit se pencher tant sur leur objet que sur leurs effets.

[285] Selon moi, le caractère essentiel des dispositions contestées de la *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, ch. 2, réside dans la réglementation de presque toutes les facettes de la recherche

to assisted human reproduction. The sweep of the regulation authorized by the impugned provisions is most vividly illustrated by reading ss. 10, 11 and 13 along with the regulation-making power in s. 65 and the licensing authority set out in s. 40. I substantially agree with the Quebec Court of Appeal's description of the purpose and effects of the challenged provisions as set out at paras. 121-22 of its judgment (2008 QCCA 1167, 298 D.L.R. (4th) 712).

[286] The Chief Justice concludes that the “matter” of this legislation is “the prohibition of negative practices associated with assisted reproduction” (para. 34). I respectfully do not agree that this reflects the essence of what the challenged provisions do or how they do it. The impugned provisions as I read them permit minute regulation of every aspect of research and clinical practice and do not simply prohibit “negative practices”. I am also of the view that the essence of the legislation goes beyond that proposed by Justices LeBel and Deschamps. As I see it, the purpose and effects of the challenged provisions are not limited, as they would hold, to “the regulation of assisted human reproduction as a health service” (para. 227); the regulation authorized by the impugned provisions goes far beyond that.

[287] Having determined the essence of the law, the analysis proceeds to the second step which is to classify that “matter” by reference to the provincial and federal “classes of subjects” listed in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867: Chatterjee*, at para. 24. Substantially for the reasons given by Justices LeBel and Deschamps at paras. 259-66, I conclude that the “matter” of the challenged provisions, viewed as a whole, is best classified as being in relation to three areas of exclusive provincial legislative competence: the establishment, maintenance and management of hospitals; property and civil rights in the province; and matters of a merely local or private nature in the province. In my respectful view, the “matter” of the challenged provisions cannot be characterized as serving any criminal law purpose recognized by the

et de l'activité clinique liées à la procréation assistée. Les dispositions en cause autorisent une réglementation d'une grande portée. Cela ressort sans contredit des art. 10, 11 et 13, ainsi que du pouvoir de prendre des règlements conféré à l'art. 65 et de celui de délivrer des autorisations prévu à l'art. 40. Je suis foncièrement d'accord avec la Cour d'appel du Québec lorsqu'elle énonce aux par. 121 et 122 de ses motifs l'objet et les effets des dispositions contestées (2008 QCCA 1167, [2008] R.J.Q. 1551).

[286] La Juge en chef conclut que la « matière » dont relève la loi considérée est « l'interdiction des activités néfastes liées à la procréation assistée » (par. 34). Je ne peux malheureusement convenir qu'il s'agit du caractère essentiel de l'objectif des dispositions contestées non plus que de la manière dont il est atteint. Suivant mon interprétation, ces dispositions permettent la réglementation par le menu de chacune des facettes de la recherche et de l'activité clinique, et ne font pas qu'interdire les « activités néfastes ». J'estime également que le caractère essentiel de la loi va au-delà de celui que lui prêtent les juges LeBel et Deschamps. De mon point de vue, l'objet et les effets des dispositions contestées ne se résument pas, comme ils l'affirment, à « la réglementation de la procréation assistée en tant que service de santé » (par. 227), car la réglementation autorisée par ces dispositions a une portée bien plus grande.

[287] Une fois déterminée la « matière » dont relève la loi, il faut en second lieu la rattacher à l'une ou l'autre des « catégories de sujets » provinciales et fédérales énumérées aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867 : Chatterjee*, par. 24. En grande partie pour les motifs exposés par les juges LeBel et Deschamps aux par. 259 à 266 de leurs motifs, je conclus qu'il convient de rattacher les dispositions contestées, considérées globalement, à trois domaines de compétence législative provinciale exclusive, à savoir l'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux, la propriété et les droits civils dans la province et les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province. À mon humble avis, on ne saurait attribuer à la « matière » dont relèvent les dispositions contestées un objectif de droit criminel reconnu par la

Court's jurisprudence. I underline the comment of Justices LeBel and Deschamps (at para. 244) that "[r]ecourse to the criminal law power cannot therefore be based solely on concerns for efficiency or consistency, as such concerns, viewed in isolation, do not fall under the criminal law."

[288] That does not conclude the analysis, however. It may be that not each of the impugned provisions shares the constitutional characterization which attaches to the "matter" of the impugned provisions viewed as a whole. In my view, this is the case here: see, for example, *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206, at p. 270; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, at p. 665. Sections 5 to 7 are validly enacted under Parliament's criminal law power as the Attorney General of Quebec concedes. The same is true, in my view, of ss. 8, 9 and 12. In this respect, I part company with Justices LeBel and Deschamps.

[289] Sections 8 and 9 set out prohibited activities and are aimed at protecting each person's control over the "products" of his or her own body; they focus on consent. The purpose and effect of s. 8 is to prevent use of a donor's reproductive material or an *in vitro* embryo for purposes other than those for which the donor gave free and informed consent. Section 9 addresses the age of consent. It prohibits the use of sperm or ova from a donor under 18 years of age. In my view, the issues of consent and the age of consent to otherwise prohibited activities fall within the traditional boundaries of criminal law.

[290] I reach the same conclusion with respect to s. 12. It must be read with ss. 6 and 7. Those provisions, which the Attorney General of Quebec concedes to be valid federal criminal law, prohibit various forms of commercializing the reproductive functions of women and men. Section 12 sets out an extension of the regime established by ss. 6 and 7; s. 12 is a form of exemption from the strictness of the regime which they impose and, to some extent,

jurisprudence de notre Cour. J'attire l'attention sur les propos des juges LeBel et Deschamps (au par. 244) : « [l]e recours au pouvoir de légiférer en matière de droit criminel ne saurait donc se fonder simplement sur un souci d'efficacité ou d'uniformité, puisqu'un tel objet, pris isolément, ne relève pas du droit criminel. »

[288] L'analyse ne prend pas fin pour autant, car il est possible que la qualification constitutionnelle de chacune des dispositions contestées ne corresponde pas à celle de la « matière » dont elles relèvent globalement. C'est à mon avis le cas en l'espèce : voir, p. ex., *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206, p. 270, et *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, p. 665. Les articles 5 à 7 sont — le procureur général du Québec le reconnaît — des dispositions valides au regard du pouvoir du Parlement de légiférer en droit criminel. Il en est de même selon moi des art. 8, 9 et 12, en sorte que je suis en désaccord avec les juges LeBel et Deschamps sur ce point.

[289] Les articles 8 et 9 — qui mettent l'accent sur le consentement — interdisent des activités et visent à préserver la maîtrise de chacun sur les « produits » de son corps. L'objet et l'effet de l'art. 8 est de faire obstacle à l'emploi d'un embryon *in vitro* ou du matériel reproductif du donneur à d'autres fins que celles précisées dans le consentement libre et éclairé obtenu de ce dernier. L'article 9 porte sur l'âge du consentement et interdit l'utilisation du spermatozoïde ou de l'ovule d'une personne de moins de 18 ans. Je suis d'avis que le consentement à des activités par ailleurs interdites et l'âge auquel il peut être donné sont traditionnellement du ressort du droit criminel.

[290] J'arrive à la même conclusion pour l'art. 12, qui doit être interprété de pair avec les art. 6 et 7, dispositions qui, de l'aveu du procureur général du Québec, constituent des règles de droit criminel valides et qui frappent d'interdiction différentes formes de commercialisation du rôle de la femme et de l'homme dans la reproduction humaine. L'article 12 complète les art. 6 et 7 en assouplissant quelque peu le régime strict qu'ils créent et, dans