

**M. le juge Bélanger.** La Couronne interjette appel d'un verdict d'acquiescement prononcé le 13 novembre 1973, à l'issue d'un procès devant une Cour composée d'un juge et d'un jury, sur l'accusation d'avoir, le 15 août 1973, avec l'intention de provoquer l'avortement d'une personne de sexe féminin, employé quelque moyen pour réaliser son intention, à savoir la manipulation et l'emploi d'un instrument.

Dans son avis d'appel, la Couronne demande que le jugement d'acquiescement soit écarté et que cette Cour ordonne qu'un verdict de culpabilité soit substitué au verdict d'acquiescement ou, subsidiairement, qu'un nouveau procès soit ordonné. Le recours en appel n'est permis à la Couronne que pour un motif qui comporte une question de droit seulement.

L'acte criminel reproché à l'intimé est défini à l'article 251 du Code criminel. Il convient d'en reproduire immédiatement les termes, en omettant ceux qui n'ont pas d'application:

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

(2) ...

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

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

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

- a) à un médecin qualifié, autre qu'un membre d'un comité de l'avortement thérapeutique de quelque hôpital, qui emploie de bonne foi, dans un hôpital accrédité ou approuvé, quelque moyen pour réaliser son intention de procurer l'avortement d'une personne du sexe féminin, ou
- b) à une personne du sexe féminin qui, étant enceinte, permet à un médecin qualifié d'employer, dans un hôpital accrédité ou approuvé, quelque moyen mentionné à l'alinéa a) aux fins de réaliser son intention d'obtenir son propre avortement,

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

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

la santé de cette dernière, et

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

Dans les trois paragraphes qui suivent, il est question du droit d'enquête du ministre de la santé d'une province, de la définition des termes «comité de l'avortement thérapeutique» d'un hôpital, «conseil» d'un hôpital, «hôpital accrédité», «hôpital approuvé», et «médecin qualifié»; on y mentionne aussi que les termes du paragraphe (4) de l'article ne dispensent pas de l'autorisation ou du consentement qui peut être requis autrement qu'en vertu du Code criminel.

Le motif d'appel principal que le procureur de l'appelante a fait valoir consiste dans l'erreur de droit que le premier juge aurait commise, en ne restreignant pas les moyens de défense ouverts à l'intimé à ceux formulés dans le paragraphe (4) (reproduit plus haut) de l'article 251, en décidant que le moyen de défense prévu à l'article 45 du Code criminel peut être invoqué à l'encontre de l'infraction d'avortement et en soumettant ce moyen de défense à la considération du jury. Cet article 45 se lit comme suit:

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

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

Il convient de discuter en premier de ce grief. Au cours de l'enquête, le ministère public a formulé à plusieurs reprises son objection à toute preuve qui tendrait à invoquer cet article 45. Le président du tribunal a rendu une première décision à l'effet qu'il permettait qu'une preuve soit offerte par la défense au soutien d'un plaidoyer selon cet article. Au début de la preuve de la défense, sur l'objection de la Couronne, le président du tribunal décida qu'il admettait une preuve ayant pour effet de soutenir une défense basée sur l'article 45 ou sur la nécessité.

Une fois l'enquête terminée mais avant les plaidoires, le procureur du ministère public présenta une requête qu'il intitula «requête afin de faire extraire de la preuve tout ce qui a eu trait à la tentative de défense selon l'article 45 du Code criminel». De part et d'autre, la question fut discutée longuement et finalement le premier juge en vint à la même conclusion, rejeta la requête et déclara son intention de soumettre au jury la défense basée sur l'article 45. Effectivement, dans son adresse, le premier

juge soumit cette défense aux jurés après avoir discuté de la défense de nécessité.

La prétention de l'appelante est résumée comme suit dans son mémoire:

Le juge de première instance a erré en droit sur la question fondamentale de l'admissibilité d'une Défense selon l'article 45 C.Cr. à l'encontre d'une plainte d'avortement selon l'article 251 C.Cr.

Il faut rappeler que cet article 45 C.Cr. existait au code criminel même avant 1955, et à plus forte raison avant l'avènement du Bill Omnibus en 1969, lequel, nous le soumettons respectueusement, en voulant libéraliser la Loi de l'Avortement a donné un seul moyen de défense à l'encontre de l'article 251 C.Cr. qui prévoit le crime d'avortement: *ce moyen de défense est énoncé aux paragraphes 4, 5 et suivants de l'article 251 C.Cr. qui autorise un médecin qualifié à exécuter un avortement après avoir été autorisé par un comité thérapeutique composé de trois (3) autres médecins et lorsqu'il est établi que la continuation de la grossesse de la femme mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière.*

Nous prétendons respectueusement que les moyens d'exception contenus aux paragraphes 4, 5 et ss. de l'article 251 C.Cr. constituent la *seule défense* possible à une plainte d'avortement selon notre droit. Il faut se rappeler que ces articles n'existaient pas avant le Bill Omnibus de 1969. Or, nous demandons la question: pourquoi le législateur, en voulant libéraliser la loi de l'avortement, aurait-il ajouté ces paragraphes 4 et 5 à l'article 251 C.Cr. s'il était avéré qu'une défense existait déjà depuis longtemps prévue à l'article 45 C.Cr.?

La portée de l'article 45 reproduit plus haut est expliquée comme suit par l'appelante dans son mémoire:

La prétention du ministère public est à l'effet que *l'article 45 C.Cr. vise essentiellement à protéger un médecin ou toute autre personne qui pratique une opération chirurgicale dans les circonstances énoncées contre une accusation de négligence criminelle.*

(Les italiques sont du procureur de l'appelante).

La théorie de l'intimé est la suivante. Depuis le premier Code criminel, le Parlement a adopté simultanément des dispositions prohibant l'avortement et permettant la défense décrite à l'article 45. En amendant sa disposition relative à la prohibition de l'avortement de façon à reconnaître les exceptions décrites au paragraphe (4) de l'article 251 du Code criminel, le parlement n'a pas jugé à propos de rendre cette défense inapplicable aux inculpations d'avortement. L'article 45 a été placé parmi les dispositions générales du Code criminel s'appliquant à toutes les parties du Code. Voici comment le procureur de

l'intimé décrit dans son mémoire ce qu'il appelle *«the true scope and limitations of this defence»*:

A defence based on section 45 imposes on the accused the burden of establishing all of the following facts:

- 1) that the incriminated act was a surgical operation;
- 2) that it was «for the benefit of (the) person» on whom it was performed;
- 3) that it was performed with reasonable care and skill;
- 4) that it was reasonable to perform the operation, «having regard to the state of health of the person at the time and to all the circumstances of the case.»

Plus loin, il ajoute:

In other words, we are dealing with a very limited type of defence, in some respects akin to, but not identical with, a defence based on necessity, and which could not be successfully upheld in situations which do not meet the rigorous requirements of section 45 and, in the case of abortion, the additional criteria laid down by Mr. Justice Hugessen.

D'après l'intimé, lorsque l'avortement est procuré conformément aux conditions du paragraphe (4) de l'article 251 du Code criminel, il n'y a pas d'acte criminel de commis, donc pas de poursuite. Et le procureur de l'intimé poursuit son argumentation dans les termes suivants:

In other words, the effect of sub-section (4) of section 251 is to set aside a category of abortions which are no longer the subject of criminal law. Section 45, on the other hand, is a defence available to medical practitioners who are prosecuted for performing abortions which do not belong to the immunized category.

This would be the situation if, for instance, one of these conditions of s. 251 (4), by accident or design, failed? What happens if the abortion, while necessary even to save the life of the woman, has been performed in a hospital which turns out not to be accredited or approved? Or if, by mistake, the therapeutic abortion committee is illegally constituted, or has only two (2) members or if a member of the therapeutic abortion committee performs the abortion himself? Evidently, prosecution under sub-sections (1) and (2) of section 251 would lie with the abominable consequences that can be quite easily understood.

In such cases, it is indeed obvious that section 45 could provide most appropriately a desirable defence.

Similarly, there may be emergencies where it is impossible to arrange for a meeting of a therapeutic abortion committee or for an abortion to be performed in an accredited or approved hospital, or an abortion might be an absolute medical necessity but there might not be in the area an approved or accredited hospital available (that is willing to perform abortions) or that has constituted a therapeutic abortion committee. Or the

case might arise in a remote arctic region or in an area isolated by bad weather. It is evident that in all such cases, a medical doctor performing an abortion to save the life or health of the patient, could not raise the absolute defence of sub-section (4) of section 251, but would be entitled to rely on section 45 among other defences.

Such interpretation is not only strictly logical and rational, but it is equitable and in conformity with the spirit of the law. It gives it an indispensable element of flexibility and adaptability to circumstances.

Le premier juge a exprimé son opinion sur cette question à plusieurs étapes du procès, tel que je l'ai déjà mentionné. C'est au moment de rendre jugement sur la requête de la Couronne pour exclure la preuve destinée à établir la défense de l'article 45, qu'il a élaboré le plus les motifs de sa décision:

L'article quarante-cinq (45) se retrouve à la partie un (1) du Code criminel, qui contient les dispositions générales; et ces dispositions doivent normalement s'appliquer à tout le reste du Code, à moins d'une dérogation spécifique dans un autre article. Pour moi, l'article quarante-cinq (45) serait une défense possible, par exemple, à une accusation d'assaut, sous l'article deux cent quarante-quatre (244) et donc, serait pour autant disponible comme défense, sous accusation, sous l'article deux cent cinquante-et-un (251), à moins que ce soit nécessairement exclu par le texte.

A titre d'analogie, l'article deux cent douze (212) en définition du meurtre, dit que: «L'homicide coupable est un meurtre, lorsque la personne, qui cause la mort d'un être humain, a l'intention de causer la mort.» Alors, vous avez une disposition législative très claire; ce n'est pas moins clair que l'article deux cent cinquante-et-un (251).

Si vous avez l'intention de causer la mort d'une personne humaine et, effectivement vous la causez, c'est un meurtre. Mais, on a toujours admis que l'article trente-quatre (34) qui se trouve à la même partie générale du Code pénal, de légitime défense, s'applique à une accusation de meurtre même si la personne a bel et bien eu l'intention de causer la mort de sa victime. Elle peut invoquer la légitime défense sous l'article trente-quatre (34), et je suis d'opinion, qu'exactement les mêmes principes s'appliquent à la défense de l'article quarante-cinq (45) à l'égard de l'article deux cent cinquante-et-un (251).

Me Robichaud dit que l'article quarante-cinq (45) n'est pas limité à un médecin, je suis entièrement d'accord. L'article ne mentionne pas qu'il est limité à un médecin ou à un chirurgien ou à quelqu'un en particulier.

Dans le cas présent, cependant, nous avons affaire à un médecin. Et je dirais qu'une personne qui n'était pas un médecin aurait beaucoup plus de difficulté à

invoquer l'article quarante-cinq (45), mais cela dépendrait des circonstances et il est parfaitement possible, que dans certaines circonstances, une personne profane pourrait l'invoquer.

Je crois que ce n'était pas aujourd'hui, mais lors d'une argumentation antérieure quelqu'un a mentionné la trachéotomie d'urgence, pratiquée par quiconque, dans un restaurant avec un couteau de table. La défense de quarante-cinq (45) serait applicable, et ce n'est pas limité à un médecin. Mais, dans le cas présent, nous avons affaire avec un médecin.

Ensuite, Me Robichaud me demande si la défense de l'article quarante-cinq (45) est disponible, pourquoi le législateur a-t-il inclus la défense qu'on retrouve au deuxième paragraphe de l'article deux cent vingt-et-un (221)?

A ceci je réponds, d'abord comme j'ai déjà eu l'occasion de dire: «C'est trop demander qu'un législateur soit toujours conséquent.» Mais, aussi, je dirais que deux cent vingt-et-un (221) ne prévoit nécessairement pas une opération chirurgicale. Alors il est possible d'imaginer une circonstance dans laquelle deux cent vingt-et-un (221) paragraphe deux (2) aurait son application et quarante-cinq (45) serait inapplicable. Mais ce dernier argument, basé sur deux cent vingt-et-un (221) paragraphe deux (2) rejoint l'argument principal à l'effet que si la défense de l'article quarante-cinq (45) est disponible, donc la nouvelle défense ajoutée créée en mil neuf cent soixante-neuf (1969) de l'article deux cent cinquante-et-un (251) paragraphe quatre (4) serait inutile. J'ai déjà dit, qu'à mon point de vue, cette défense de deux cent cinquante-et-un (251) paragraphe quatre (4) peut s'appliquer à d'autres cas que les cas d'avortement par intervention chirurgicale; et j'ai donné comme exemple, l'avortement pratiqué par l'administration d'une drogue, où c'est évident, que l'article quarante-cinq (45) n'aurait pas d'application. J'ajouterais à ceci que l'article deux cent cinquante-et-un (251) paragraphe quatre (4) crée une espèce de défense par anticipation tandis que l'article quarante-cinq (45) crée une défense qui est disponible seulement au procès, c'est-à-dire, le paragraphe quatre (4) de deux cent cinquante-et-un (251) permet au médecin, de s'assurer d'avance, qu'il ne sera pas poursuivi, ou s'il est poursuivi, qu'il aura une défense qui serait cent pour cent (100%) certaine. Je crois que c'est évident, que la défense basée sur quarante-cinq (45) est loin d'être cent pour cent (100%) certaine!

Me Robichaud me reproche, très poliment d'ailleurs, que mon interprétation de la loi va à l'encontre de l'esprit et de la lettre de la loi et qu'elle équivaut à approuver l'avortement sur demande. Je ne suis pas convaincu du tout que ma décision aura cet effet-là.

La défense de l'article quarante-cinq (45) en est une qui est difficile. Me Sheppard peut en témoigner; mais il

faut tout de même rendre compte, aussi, des changements dans la science médicale et dans la pratique médicale. Ce n'est pas la loi qui a changé, mais les faits auxquels la loi s'applique ont changé. Autrefois, si je ne m'abuse, les médecins n'acceptaient jamais de pratiquer un avortement sous les conditions médicales. Un avortement qui pourrait même espérer rencontrer les conditions de l'article quarante-cinq (45). Aujourd'hui, ils le font, et s'ils le font sans prendre, sans s'assurer d'avance de la défense prévue, dans le paragraphe (4) de l'article deux cent cinquante-et-un (251), ils le font évidemment à leur risque.

Enfin, Me Robichaud a dit que si j'admets la défense de l'article quarante-cinq (45), à une accusation d'avortement, je serais obligé de l'admettre à une accusation de meurtre d'euthanasie. Évidemment, je n'ai pas à décider de ce point-là, mais je dirais, qu'à première vue, l'article quatorze (14) rendrait très très difficile la défense de l'article quarante-cinq (45) lors d'une accusation de meurtre. L'article quatorze (14) qui indique que: «Nul n'a le droit de consentir à ce qu'on lui inflige la mort.»

Alors, pour toutes ces raisons, j'ai l'intention de soumettre aux jurés, la défense basée sur l'article quarante-cinq (45), mais je vous remercie, et c'est clair que personne n'a pu trouver d'autorité sur ce point.

Au cours de ses directives au jury, après avoir affirmé que l'avortement pratiqué par l'intimé rencontrait tous les éléments de l'avortement prohibé par l'article 251, paragraphe (1), du Code criminel, le premier juge déclara que la décision que les jurés avaient à rendre se rapportait aux moyens de défense invoqués par l'accusé, en tenant compte des principes régissant le fardeau de la preuve. Il leur soumit en premier lieu la défense de nécessité qu'il expliqua comme suit:

Ceci m'amène aux défenses invoquées, il y en a deux. Premièrement, on a invoqué ce qu'on appelle la défense de nécessité. La loi a toujours admis que dans certaines circonstances très limitées la commission d'un crime serait excusable si l'auteur n'avait pas d'autres possibilités pour éviter un désastre qui serait autrement inévitable. Il est évident que le mal commis doit être moins grave que le mal qu'on cherche à éviter et que ce dernier doit être autrement absolument inévitable.

Je vous donne une couple d'exemples qui vous aideront peut-être à tracer la ligne entre ce qui est permis et ce qui ne l'est pas.

Trois alpinistes pratiquent leur sport et ils se sont attachés les uns aux autres par une corde. Deux d'entre eux tombent dans le vide et leur poids entraîne inévitablement le troisième au bord du précipice. De deux choses l'une : ou bien tous les trois périront ou bien le troisième, en coupant la corde, se sauvera la vie. S'il choisit

cette dernière possibilité, il agit par nécessité et il ne commet pas de crime même si son acte intentionnel a été la cause immédiate de la mort de ses compagnons.

Deuxième exemple: il s'agit de trois matelots victimes d'un naufrage. Ils se trouvent dans un canot de sauvetage et après avoir passé plusieurs jours sans nourriture, deux d'entre eux décident de tuer le troisième pour ensuite le manger. Quatre jours plus tard, un autre navire arrive sur les lieux et les prend à son bord. Les deux survivants sont coupables d'un homicide parce que le mal qu'ils voulaient éviter, c'est-à-dire leur propre mort par manque de nourriture, quoique probable n'était pas inévitable. En fait, ils ont été sauvés quatre jours après l'incident et n'eût été l'attentat des deux survivants sur leur compagnon, tous les trois auraient eu la chance de survivre.

Il y a un troisième exemple d'un cas où la défense de nécessité pourrait avoir son obligation et qui nous a été donné très récemment. Vous vous rappelez tous, l'an dernier, l'histoire du pilote dont l'avion s'était écrasé dans le Grand Nord. Tous ses compagnons avaient péri et pour survivre, le pilote, *in extremis*, s'est nourri de chair humaine. N'eût été la nécessité évidente de sa situation, son acte aurait constitué un crime selon le Code criminel.

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

Puis il réfère à la défense basée sur l'article 45 comme connexe à la défense de nécessité, mais d'une portée plus large et plus détaillée; il en analyse les quatre éléments comme suit:

Vous constaterez que cet article comporte quatre éléments. D'abord, il faut que l'acte en question soit une opération chirurgicale, dans le sens ordinaire de ce terme. Deuxièmement, il faut que l'acte ait été posé pour le bien de la patiente. Troisièmement, il faut que l'intervention ait été pratiquée avec les soins raisonnables et une habileté raisonnable. Quatrièmement, en considérant l'état de santé de la patiente et toutes les autres circonstances de l'espèce, il faut trouver qu'il était raisonnable de pratiquer l'opération.

Ces quatre éléments sont cumulatifs et non pas alternatifs, c'est-à-dire que tous les quatre doivent exister simultanément. Si l'accusé n'a pas réussi à faire naître dans vos esprits un doute raisonnable en sa faveur quant à l'un quelconque de ces éléments, cette défense tombe.

Cet exposé des éléments est suivi d'une discussion plus détaillée avec références à la preuve.

En somme, le premier juge a soumis à la considé-

ration du jury deux défenses distinctes, celle de nécessité et celle prévue à l'article 45, comme pouvant être invoquées à l'encontre de l'infraction d'avortement commis aux termes du premier paragraphe de l'article 251 du Code criminel. La défense de nécessité est l'un des moyens de défense de la Common Law qui sont demeurés en vigueur aux termes de l'article 7 du Code criminel.

Avant les amendements adoptés par 1968-1969, 17-18 Eliz. II, c. 38, l'article 251 définissait l'infraction d'avortement suivant les trois premiers paragraphes qu'il contient encore. La prohibition s'adressait à tous et la disposition elle-même qui créait l'infraction ne mentionnait pas d'exception.

Pour alléger le texte, je référerai dorénavant à la Loi de modifications que je viens de mentionner, 17-18 Eliz. II, c. 38, sous le nom de «les amendements de 1969».

A mon avis, les paragraphes ajoutés à l'article 251 par les amendements de 1969 ont pour but de restreindre la portée de l'infraction, en définissant certaines conditions dont le respect rendra l'avortement licite. En d'autres mots, en prouvant que les conditions ont été remplies, l'accusé établira que l'avortement dont on l'accuse n'est pas l'acte criminel défini au début de l'article 251. Ce moyen de défense sort l'acte reproché de la prohibition; il n'est pas de même nature que les deux défenses que le premier juge a soumises à la considération du jury dans le cas d'un avortement procuré sans tenir compte des conditions ajoutées par les amendements de 1969: un tel avortement constitue l'acte criminel encore prohibé dans la première partie de l'article 251, le même qui était prohibé antérieurement.

Aussi convient-il d'examiner les dispositions en vigueur avant les amendements de 1969. Il était interdit de faire usage d'une drogue ou autre substance délétère, d'un instrument ou de manipulations pour réaliser l'intention de procurer l'avortement; il était interdit à la femme enceinte de faire le même usage ou de le permettre avec l'intention d'obtenir son propre avortement. Dans aucun des deux cas la prohibition n'était assujettie à quelque exception expresse. Pas plus que maintenant, le terme «avortement» n'était défini dans le Code criminel.

L'article qui suivait immédiatement interdisait à quiconque de fournir une drogue ou un instrument sachant qu'ils étaient destinés à être employés à un avortement. C'est l'article 252 actuel qui n'a subi aucune modification en 1969.

Avant les amendements de 1969, le Code criminel contenait deux autres dispositions dans le domaine qui

nous occupe, soit les articles 195 et 209 (maintenant art. 206 et 221):

195. (1) Un enfant devient un être humain au sens de la présente loi lorsqu'il est complètement sorti, vivant, du sein de sa mère,

- a) qu'il ait respiré ou non;
- b) qu'il ait ou non une circulation indépendante; ou
- c) que le cordon ombilical soit coupé ou non.

(2) Commet un homicide, quiconque cause à un enfant, avant ou pendant sa naissance, des blessures qui entraînent sa mort.

209. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, toute personne qui cause la mort d'un enfant qui n'est pas devenu un être humain, de telle manière que, si l'enfant était un être humain, cette personne serait coupable de meurtre.

(2) Le présent article ne s'applique pas à une personne qui, par des moyens que, de bonne foi, elle estime nécessaires pour sauver la vie de la mère d'un enfant non encore devenu un être humain, cause la mort de l'enfant.

Il est à remarquer que ces dispositions, de même que l'interdiction d'avortement de l'article 237 (maintenant les trois premiers paragraphes de l'article 251) sont restées substantiellement les mêmes depuis le Code criminel de 1892.

Le moins que l'on puisse conclure c'est que, jusqu'aux amendements de 1969, le législateur reconnaissait certains droits à l'enfant qui n'était pas encore devenu un être humain au sens de sa loi. Son intention de protéger la vie de l'enfant avant sa naissance ressort indéniablement des dispositions alors en vigueur, de même que la distinction qu'il fait entre la vie de cet enfant à ce moment et celle de sa mère.

Avant les amendements de 1969, l'article 45 dont se prévaut l'intimé se trouvait dans la partie 1, intitulée «dispositions générales», sous le titre «protection des personnes exerçant l'autorité», immédiatement après les articles relatifs à l'emploi de la force par les instituteurs, les parents et les commandants de navires; le texte n'en a pas été modifié depuis. Ce moyen de défense était exprimé substantiellement dans les mêmes termes dans le Code de 1892. L'article 45 a été reproduit au début de cette opinion.

Pour les fins de la présente discussion, il convient de mentionner l'article 187 (maintenant l'article 198) du Code criminel définissant le devoir des personnes qui administrent des traitements chirurgicaux ou médicaux dangereux. Son texte est et demeure encore

le suivant:

187. Quiconque entreprend d'administrer un traitement chirurgical ou médical à une autre personne ou d'accomplir un autre acte légitime qui peut mettre en danger la vie d'une autre personne est, sauf dans les cas de nécessité, légalement tenu d'apporter, en ce faisant, une connaissance, une habileté et des soins raisonnables.

Une disposition substantiellement semblable existait dans le Code de 1892.

Il est remarquable qu'avant les amendements de 1969, encore aujourd'hui, aucun traitement chirurgical ou médical n'était en soi prohibé par le Code criminel, quels que soient les risques pour le patient; aucune intervention chirurgicale n'était définie comme une infraction. C'est donc de façon indirecte, soit par les articles 45 et 187 (maintenant 198) du Code criminel que le législateur avait décidé de contrôler les actes médicaux et les interventions chirurgicales, sous l'aspect du droit criminel. L'intervention la plus risquée était permise lorsque les conditions de l'article 45 et de celui reproduit plus haut étaient satisfaites.

Si le législateur a, pendant tout ce temps, considéré l'avortement comme une infraction, c'est sans doute qu'il ne le plaçait pas sur le même pied qu'un traitement médical ou chirurgical. L'attitude qu'il a adoptée à l'égard de l'enfant qui n'est pas encore devenu un être humain nous fournit l'explication logique: pour lui, l'avortement met fin à la vie d'au moins un homme en puissance.

Toutes ces considérations m'amènent à la conclusion que la défense de l'article 45 du Code criminel ne pouvait pas être invoquée avant les amendements de 1969 par celui qui était inculpé de l'infraction d'avortement. Je me refuse à attribuer au législateur un illogisme aussi flagrant que d'une part, prohiber l'avortement et le tenir pour un acte criminel de même que celui de causer la mort d'un enfant qui n'est pas devenu un être humain, ne faisant une réserve que dans le cas où la mort a été causée de bonne foi pour sauver la vie de la mère et, d'autre part, dans le seul cas où l'avortement a été procuré par le moyen d'une opération chirurgicale, d'admettre comme défense qu'on a satisfait les conditions auxquelles un acte non prohibé ne fait pas encourir de responsabilité criminelle. Alors que dans une partie du Code, l'attentat à la vie d'un enfant qui n'est pas devenu un être humain serait une infraction à moins que ce ne soit nécessaire pour sauver la vie de la mère, dans une autre partie il suffirait que la mort soit le résultat d'une opération chirurgicale pour le bien de la patiente, s'il est raisonnable de pratiquer l'opération étant donné l'état de santé de la personne

au moment de l'opération et toutes les autres circonstances de l'espèce. Je suis d'avis que l'article 45 était nécessaire comme mesure de contrôle des opérations chirurgicales qui ne concernent que la personne sur laquelle elles sont pratiquées, non pas dans le cas d'avortement que le législateur n'a pas placé sur le même pied.

Est-ce que les amendements de 1969 nous permettent de conclure à la présence d'une intention différente de la part du législateur? L'article 45 est textuellement le même qu'avant 1969, aussi l'article 187 qui est devenu l'article 198. Leur présence se justifie toujours par leur rôle de contrôle indirect du traitement médical ou chirurgical. Aussi, le seul fait de la présence de ces deux articles non amendés ne justifie aucune conclusion par rapport à l'avortement.

En 1969, les articles 195 et 209 ont été amendés; ils sont devenus respectivement les articles 206 et 221 et mes références sont dorénavant à ces nouveaux numéros.

Dans l'article 206, le moment où l'enfant devient un être humain reste le même, est décrit dans les mêmes termes; mais le deuxième paragraphe a été modifié par l'addition des mots soulignés dans le texte qui se lit maintenant comme suit:

206. (2) Commet un homicide, quiconque cause à un enfant, avant ou pendant sa naissance, des blessures qui entraînent sa mort *après qu'il est devenu un être humain*.

Depuis 1969, il faut donc que la mort survienne après que l'enfant soit devenu un être humain pour qu'il y ait un homicide.

L'article 221 a été modifié en ajoutant les mots soulignés dans le premier alinéa et en enlevant dans le deuxième les mots «non encore devenu un être humain», à la suite des mots «pour sauver la vie de la mère d'un enfant». L'article 209 se lit maintenant comme suit:

221. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'emprisonnement à perpétuité, toute personne qui, *au cours de la mise au monde*, cause la mort d'un enfant qui n'est pas devenu un être humain, de telle manière que, si l'enfant était un être humain, cette personne serait coupable de meurtre.

(2) Le présent article ne s'applique pas à une personne qui, par des moyens que, de bonne foi, elle estime nécessaires pour sauver la vie de la mère d'un enfant, cause la mort de l'enfant.

En somme, l'infraction consiste encore à causer la mort d'un enfant qui n'est pas devenu un être humain, mais cette mort doit être causée au cours de la mise au monde. A mon sens, ces deux articles ont été modifiés pour les différencier plus clairement

de l'infraction d'avortement définie à l'article 251. Un des résultats est que la réserve contenue au deuxième paragraphe de l'article 221 ne s'applique qu'au cas de mort causée au cours de la mise au monde.

Par les amendements de 1969, l'infraction elle-même d'avortement est demeurée décrite exactement dans les mêmes termes; mais par les dispositions alors ajoutées à l'article, l'interdiction de procurer ou obtenir l'avortement a été levée à certaines conditions; leur but me semble d'obvier à la clandestinité, aux conditions septiques et à l'incompétence qui ont trop souvent présidé aux avortements, pour le permettre s'il est procuré par un médecin qualifié, dans un hôpital accrédité, après examen par un comité d'avortement thérapeutique certifiant que la continuation de la grossesse mettrait probablement en danger la vie ou la santé de la mère. La probabilité de ce danger me semble la condition principale imposée par le législateur, avec certaines garanties d'authenticité et de compétence, tant dans le diagnostic que dans l'exécution.

Parlant pour moi-même, les amendements de 1969 ne laissent aucunement voir que le législateur veuille dorénavant considérer l'avortement comme une simple opération chirurgicale, comme si le fœtus n'avait aucune destinée humaine individuelle. Son respect à l'égard de cette vie en puissance demeure apparent même s'il rend plus accessible la protection de la santé de la mère et lui accorde une priorité accrue. L'article 45 ne fournissait pas de moyen de défense à l'encontre d'une inculpation d'avortement avant les amendements de 1969; il n'en fournit pas plus depuis, mais il garde sa fonction de contrôle indirect des opérations chirurgicales comme telles.

D'autant plus qu'il serait inconcevable que le législateur ait permis l'avortement seulement lorsque la continuation de la grossesse mettrait probablement en danger la vie ou la santé de la mère, avec les garanties dont il a déjà été question, et qu'il rende disponible la défense de l'article 45 dont les exigences sont moindres. L'amendement de 1969, adopté bien après l'article 45, devrait prévaloir s'il était question que la défense prévue dans ce dernier article ait été opposable auparavant à une inculpation d'avortement. Le juge de première instance et les procureurs des parties ont convenu qu'aucun arrêt, sur l'application de l'article 45 en matière d'avortement, n'avait pu être trouvé dans notre jurisprudence; ce fait en soi ne résout pas le problème, mais est tout de même un indice des doutes que d'autres ont ressenti sur l'application de l'article.

Comment aussi concilier le fait qu'aux conditions

de l'amendement de 1969 l'avortement soit licite, qu'il ait été procuré par une drogue, un instrument ou une manipulation mais qu'à défaut d'avoir respecté les mêmes conditions, la défense de l'article 45 ne puisse être invoquée que si l'avortement a été procuré par intervention chirurgicale, auquel cas en plus la justification du moyen deviendrait celle de la fin?

Le rôle des tribunaux se borne à appliquer les lois en les interprétant conformément à l'intention du législateur qui en découle. En toute déférence pour l'opinion contraire, je suis d'avis que le premier juge a erré en droit en concluant que le moyen de défense de l'article 45 pouvait être invoqué et en le soumettant au jury.

Je suis toutefois d'avis, comme le premier juge, que la défense de nécessité de la Common Law était permise aux termes de l'article 7 (3) du Code criminel. Cette défense est discutée, entre autres auteurs, dans *Harris's Criminal Law*. Voici comment l'auteur s'exprime en premier (1):

In certain circumstances a person who would otherwise be guilty of a criminal offence will be acquitted if, faced with the alternative of either committing that crime or allowing a greater evil to occur, he chooses to commit that crime.

Puis il ajoute (2):

Sometimes the "greater evil" will not involve anyone in criminal liability but would still justify a person committing what would otherwise be a criminal offence to avoid it. It has often been said that a prisoner who escaped from a burning jail to save his life or a person who pulled down a house to prevent a fire from spreading would not be guilty of what would otherwise be criminal offences. So also the necessity of preserving a mother's life or health will justify what would otherwise be an illegal abortion.

Les causes que l'auteur cite en matière d'avortement sont *R. v. Bourne*, (3), et *R. v. Newton and Stungo*, (4). Dans les deux arrêts, il s'agit des explications que donne le président du tribunal dans son adresse au jury. Comme les directives données dans la deuxième cause sont substantiellement au même effet que dans la première, il suffit de discuter celle-ci.

Dans cette affaire (*R. v. Bourne*), l'accusé, un obstétricien, avait procuré l'avortement par intervention chirurgicale à l'hôpital auquel il était attaché. Il s'agissait d'une jeune fille qui avait été violée, alors qu'elle n'avait que 14 ans, «with great violence in circumstances which would have been most

(1) 21e éd., p. 103.

(2) p. 104.

(3) (1939), 1 K.B. 687.

(4) [1958] Crim. L.R. 469.

terrifying to any woman, let alone a child of fourteen, by a man who was in due course convicted of the crime». Comme résultat de ce viol, elle était devenue enceinte. En défense, l'accusé avait affirmé que, dans son opinion, la continuation de la grossesse aurait probablement causé à la jeune fille un tort si sérieux que l'avortement se trouvait justifié. Deux autres médecins avaient témoigné en sa faveur, dont un spécialiste en psychologie médicale qui avait exprimé l'opinion «that, if the girl gave birth to a child, the consequence was likely to be that she would become a mental wreck».

Dans ses directives, après avoir mentionné qu'il ne s'agit pas d'un de ces avortements exécutés par une personne non qualifiée, sans prétention de sauver la vie de la mère, le juge MacNaghten s'exprime ainsi sur l'avortement procuré par l'accusé Bourne (5):

The case here is very different. A man of the highest skill, openly, in one of our great hospitals, performs the operation. Whether it was legal or illegal you will have to determine, but he performs the operation as an act of charity, without fee or reward, and unquestionably believing that he was doing the right thing, and that he ought, in the performance of his duty as a member of a profession devoted to the alleviation of human suffering, to do it. That is the case that you have to try to-day.

Puis le juge recommande au jury d'accorder une signification raisonnable aux mots «for the purpose of preserving the life of the mother». Les quelques extraits suivants de ses directives s'expliquent d'eux-mêmes (6):

It is not contended that those words mean merely for the purpose of saving the mother from instant death. There are cases, we are told, where it is reasonably certain that a pregnant woman will not be able to deliver the child which is in her womb and survive. In such a case where the doctor anticipates, basing his opinion upon the experience of the profession, that the child cannot be delivered without the death of the mother, it is obvious that the sooner the operation is performed the better. The law does not require the doctor to wait until the unfortunate woman is in peril of immediate death. In such a case he is not only entitled, but it is his duty to perform the operation with a view to saving her life.

Here let me diverge for one moment to touch upon a matter that has been mentioned to you, the various views which are held with regard to this operation. Apparently there is a great difference of opinion even in the medical profession itself. Some there may be, for all I know, who hold the view that the fact that a woman

desires the operation to be performed is a sufficient justification for it. Well, that is not the law: the desire of a woman to be relieved of her pregnancy is no justification at all for performing the operation. On the other hand there are people who, from what are said to be religious reasons, object to the operation being performed under any circumstances. That is not the law either.

Un peu plus loin, il ajoute (7):

I mention these two extreme views merely to show that the law lies between them. It permits the termination of pregnancy for the purpose of preserving the life of the mother.

As I have said, I think those words ought to be construed in a reasonable sense, and, if the doctor is of opinion, on reasonable grounds and with adequate knowledge, that the probable consequence of the continuance of the pregnancy will be to make the woman a physical or mental wreck, the jury are quite entitled to take the view that the doctor who, under those circumstances and in that honest belief, operates, is operating for the purpose of preserving the life of the mother.

Puis discutant de ces principes par rapport aux faits, le juge réfère à la preuve médicale qu'il n'est pas désirable qu'une jeune fille de moins de 14 ans accouche d'un enfant et il ajoute:

Then, too, you must consider the evidence about the effect of rape, especially on a child, as this girl was. Here you have the evidence of Dr. Rees, a gentleman of eminence in the profession, that from his experience the mental effect produced by pregnancy brought about by the terrible rape which Dr. Gorsky described to you, must be most prejudicial. You are the judges of the facts and it is for you to say what weight should be given to the testimony of the witnesses; but no doubt you will think it is only common sense that a girl who for nine months has to carry in her body the reminder of the dreadful scene and then go through the pangs of childbirth must suffer great mental anguish....

Les principes énoncés plus haut ont été suivis dans l'affaire *Newton and Stungo* (8). L'autorité de cette cause comme exprimant la Common Law est implicitement reconnue par l'auteur dans *Harris's Criminal Law* (9), à l'effet que la loi d'Angleterre «The Abortion Act, 1967» a pour but de clarifier la Common Law antérieure au sujet de laquelle il réfère à *R. v Bourne*.

Dans le volume *Glanville Williams* (10) l'auteur se déclare confiant que la défense de nécessité existe en droit anglais bien qu'il soit impossible d'en formuler

(5) *supra*, note (3), p. 690

(6) *supra*, note (3), p. 692.

(7) *supra*, note (3), p. 693.

(8) *Supra*, note (4).

(9) p. 406.

(10) *Criminal Law, The General Part*, (2e éd.)



avec rigidité les principes; on peut en conclure qu'ils pourront varier suivant l'espèce. Sous ce titre, il discute de l'affaire *Bourne*, laquelle peut être considérée comme exceptionnelle d'après lui; après avoir remarqué que le juge ne s'était pas appuyé spécifiquement sur la nécessité, l'auteur termine sa discussion comme suit:

A viable child is not, in practice, destroyed unless there is an immediate threat to the mother's life; and this is the exception written into the Infant Life Preservation Act. On the other hand, the termination of pregnancy during its earlier stages does not rest upon an immediate threat to the mother's life, for what is feared is not that she will immediately die but that the continuation of the pregnancy and giving birth to the child may seriously weaken her or cause her death. This means that, in reputable medical practice, the operation is performed on health grounds, and not merely as an emergency operation to avert immediate death. Since the decision in *Bourne*, this fact has become clearer, and it was accepted by Ashworth J. in his direction to the jury in the (unfortunately, unreported) case of *Newton* (1958). The direction was that termination of pregnancy was lawful to preserve the mother's life or health; and the learned judge expressly included not only physical but mental health. Hence it is now clear that a termination of pregnancy may lawfully be performed on wider grounds than that mentioned in the Infant Life Preservation Act. The case is one in which the doctrine of necessity has been used to secure an important revision in the law, when the culpable inactivity of the Government and Parliament left the judges with hardly any alternative.

Dans cette cause, le fardeau de la preuve que le médecin n'avait pas posé l'acte reproché de bonne foi, dans le but de protéger la vie de la jeune fille, avait été placé sur la Couronne par le juge, parce qu'il avait procédé par analogie avec le texte d'une autre disposition de *L'Infant Life Preservation Act* qui imposait ce fardeau. Dans la présente cause, il appartenait à l'accusé d'établir la défense de nécessité, mais il avait droit au bénéfice du doute raisonnable sur cette défense.

Je dois dire que cette défense de nécessité doit être faite en intime relation avec nos propres dispositions. Aussi doit-elle tenir compte des conditions spéciales du paragraphe 4 de l'article 251 et s'appuyer sur la nécessité de procéder sans s'y conformer.

Pour bénéficié de cette défense de la Common Law, l'accusé devait donc prouver que sa décision de procurer l'avortement sans respecter les conditions de l'article 251 (4) du Code criminel avait été prise de bonne foi:

1) vu son opinion que l'avortement était nécessaire à cause du danger probable qu'une atteinte grave à

la condition physique ou mentale de la femme ne résulte de la continuation de la grossesse (*a physical or mental wreck*);

2) que cette opinion s'était formulée pour des raisons sérieuses et avec des renseignements appropriés comme résultat d'une appréciation rationnelle de toutes les circonstances relatives à la santé physique ou mentale de la femme;

3) qu'il était convaincu pour des raisons sérieuses, de l'impossibilité que les conditions de l'article 251 (4) soient observées et de la nécessité que l'avortement soit procuré à l'endroit, au moment et dans les conditions où il l'a été.

Je crois qu'en expliquant la défense de nécessité de la Common Law, le premier juge a donné des exemples tout à fait adéquats pour chacune des espèces mais dont les exigences auraient dû être adaptées pour les fins de la présente inculpation. Mais je suis tout à fait d'accord avec son résumé donné à la fin de son exposé au jury sur la défense de nécessité, à l'effet qu'il ne suffit pas que l'acte soit préférable ou désirable, il faut qu'il soit nécessaire. On aura noté qu'il ne suffit pas non plus de substituer simplement l'opinion de l'accusé à celle du comité de l'avortement thérapeutique de l'hôpital, dont le certificat peut être émis du moment qu'il voit dans la grossesse un danger probable pour la vie ou la santé de la femme; dans la défense de nécessité, il faut que le danger probable soit d'une atteinte grave à la santé comme de faire de la femme une épave physique ou mentale d'après l'arrêt *R. v. Bourne*. L'écart est encore plus grand entre cette défense de nécessité et le moyen de défense de l'article 45 en matière d'opération chirurgicale.

La preuve révèle incontestablement que l'acte criminel prohibé au début de l'article 251 a été commis par l'accusé, en d'autres mots que l'avortement a été procuré sans que les conditions qui auraient pu le rendre licite n'aient été observées. Mais elle établit aussi que la décision de procurer l'avortement n'a pas été prise par l'accusé conformément aux conditions de la défense de nécessité de la Common Law.

La décision d'avoir un avortement avait été prise par la jeune femme après confirmation qu'elle était enceinte. Elle consulta deux médecins dont un gynécologue qui ne pratiquait pas d'avortement. Elle prit contact avec quelques hôpitaux, mais ce qu'on lui proposait était soit trop coûteux ou trop tard. Quelqu'un de l'un de ces hôpitaux lui recommanda l'accusé. Au début du mois d'août 1973, elle téléphona à sa clinique et elle obtint un rendez-vous pour

le 15 août suivant en mentionnant seulement que c'était un ami qui l'avait référée à l'accusé. On lui demanda d'apporter \$200. Quelques jours plus tard, elle téléphona de nouveau pour dire qu'elle n'avait pas le \$200 et on lui répondit d'apporter ce qu'elle avait et qu'elle pourrait en discuter avec le médecin. A son arrivée le 15 août, la réceptionniste lui donna une carte à remplir. La jeune femme y inscrivit son nom, son âge, son adresse, son numéro de téléphone ainsi que la date de l'entrevue. A l'endroit prévu pour la mention de la personne qui l'avait référée, elle inscrivit simplement: *a friend & another doctor*. Plus tard, on y inscrira la date de sa dernière menstruation et deux autres inscriptions relatives à des heures.

Elle eut ensuite une entrevue avec l'accusé qui dura cinq minutes d'après elle. Il fut question de la durée de sa grossesse, du fait qu'elle n'avait jamais été enceinte auparavant et aussi de l'honoraire. L'accusé fut d'accord pour accepter \$80 comptant et elle voulut donner un chèque postdaté pour le solde convenu de \$70. L'accusé lui dit d'en parler avec son infirmière après l'intervention. Sur les instructions de l'accusé, elle alla immédiatement dans la chambre voisine où l'opération eut lieu. La jeune femme déclare qu'en arrivant au bureau du docteur, elle était très tendue et très nerveuse, mais qu'à ce moment-là c'était à cause de l'opération qu'elle avait peur, qu'elle n'en a pas parlé à l'accusé excepté que, pendant l'opération, il lui a demandé si elle était nerveuse. Elle ajoute qu'avant l'opération, personne ne s'est informé de son groupe sanguin ni n'a pris un prélèvement de son sang. Elle affirme enfin qu'en aucun moment avant d'être avortée, ses raisons de vouloir un avortement n'ont été discutées par l'accusé; dans la salle d'opération, il fut question de pilules anticonceptionnelles.

Dans sa défense, la preuve de l'accusé a surtout mis l'accent sur la justification de l'avortement suivant les données d'une question hypothétique présentée à des témoins experts. Ces données sont tirées de la preuve au procès: ce ne sont pas nécessairement celles que l'accusé possédait lorsqu'il a pris sa décision le 15 août 1973.

L'accusé a lui-même témoigné. Il s'agit d'abord d'un long exposé sur l'organisation de sa clinique, sur les qualités thérapeutiques de ses interventions et sur ses idées personnelles en matière d'avortement. Il parle aussi de ses entrevues préopératoires et il n'est pas d'accord avec le compte rendu donné de la sienne par sa jeune patiente. Il mentionne qu'il a regardé la carte qu'elle avait remplie à son arrivée et qu'il a discuté avec elle des raisons pour lesquelles

elle voulait se faire avorter. Il confirme son témoignage sur la question de l'honoraire. Se basant sur les renseignements qu'elle lui a donnés, il a conclu que la jeune femme était dans un état de détresse psychologique. En contre-interrogatoire, il précisera le degré d'importance qu'il donne à l'affirmation de détresse que lui font les patientes:

Non ça s'est fait graduellement, à un certain moment, j'ai décidé de ne pas refuser des requêtes raisonnables d'avortements, ça veut dire je continuais avec ma pratique générale, et puis quand les femmes arrivaient au bureau me disant: «Docteur je suis en détresse, je suis dans le désespoir, je suis enceinte, je ne peux pas continuer avec cette grossesse», j'avais décidé de les aider, et je les aidais.

L'accusé n'est pas d'accord avec sa patiente que l'entrevue n'a duré que cinq minutes, mais il admet que dans le même avant-midi, entre 10:00 heures et midi, il a procuré six avortements avec entrevues préalables. D'après la preuve, l'accusé n'a vu sa patiente qu'une fois, lors de cette entrevue qui a précédé immédiatement l'opération et il n'a obtenu ses renseignements d'aucune autre source.

Ajoutons que la Couronne a soulevé le grief que le juge de première instance a erré en droit en lui refusant le droit de faire une preuve d'actes similaires à l'encontre d'une défense d'intention honnête et de bonne foi présentée par l'intimé: cette preuve lui fut refusée lorsqu'elle voulut faire témoigner d'autres femmes, présumément avortées par l'accusé, sur le genre de renseignements qu'obtenait l'accusé au cours de ses entrevues préopératoires. Je suis d'avis que le grief est bien fondé et qu'il y aurait lieu à un nouveau procès si je ne venais plutôt à la conclusion qui suit.

La preuve au dossier ne pouvait pas justifier un jury bien dirigé de conclure que la décision de l'accusé de procurer l'avortement, sans respecter les conditions de l'article 251 (4) du Code criminel, avait été prise de bonne foi conformément aux conditions de la défense de nécessité; en fait, l'accusé n'a même pas tenté d'établir qu'il était convaincu, pour des raisons sérieuses, de l'impossibilité que les conditions de l'article 251 (4) soient observées et de la nécessité de l'avortement soit ainsi procuré là et alors. Je partage en plus l'opinion de mon collègue, monsieur le juge Casey, que la preuve ne pouvait donner à l'accusé le bénéfice du doute raisonnable en relation avec le moyen de défense prévu à l'article 45 C.Cr. qu'il a invoqué, mais sans droit d'après moi.

Pour les raisons déjà discutées, je suis donc d'avis de maintenir l'appel, de consigner un verdict de culpabilité de l'acte criminel reproché et de retour-

ner le dossier à la Cour de première instance pour qu'il soit prononcé sur la sentence.

**M. le juge Crête.** Après étude des opinions de messieurs les juges Bélanger et Dubé, je serais moi aussi d'avis que la défense de l'article 45 du Code criminel ne peut être invoquée pour contourner l'application des dispositions de l'article 251, lequel prohibe l'avortement, sauf à des conditions bien spécifiques.

Reste la défense de nécessité tirée de la Common Law. A mon sens, elle implique deux éléments essentiels: la nécessité, cela va de soi, et l'urgence d'agir.

Dans la présente espèce, je considère que le Dr Morgentaler a totalement failli dans sa tâche d'établir et la nécessité et l'urgence de pratiquer l'avortement qui lui est reproché.

Le Dr Morgentaler n'avait pas l'obligation d'établir ses moyens de défense au-delà de tout doute raisonnable, mais, au moins, de faire naître un doute raisonnable quant à sa culpabilité.

Suivant la preuve, l'entrevue du Dr Morgentaler avec sa patiente n'aurait duré qu'environ cinq (5) minutes. Au cours de cette entrevue, il fut question, entre autres, d'arrangements financiers pour payer les honoraires réclamés par le médecin, du stade de la grossesse, si c'était une première grossesse, et, sur ce point, la preuve est contradictoire, des raisons qui auraient motivé la demande d'avortement.

De plus, comme l'a noté le juge de première instance, «Toujours au sujet de l'interview entre le médecin et la patiente, il ne semble pas être contesté qu'il n'y a pas eu discussion des symptômes dont elle souffrait, notamment ses difficultés à manger et à dormir et ses vomissements. A tout le moins, ni l'un, ni l'autre des participants à l'interview n'en a fait mention dans son compte rendu devant vous.

Il semble également clair qu'il n'a pas été question d'aucun test d'urine ou de sang, ni de prise de tension artérielle, ni du pouls, ni de la température de la patiente».

Ma conclusion ici c'est qu'il y avait absence totale de preuve dans les faits pour supporter la défense du Dr Morgentaler et comme l'absence de preuve constitue une question de droit, le premier juge aurait dû instruire les jurés que la défense du Dr Morgentaler ne pouvait être considérée.

Comme conclusion, vu que l'avortement ici reproché au Dr Morgentaler a été admis par ce dernier, je suis de l'avis de mes collègues que l'intimé doit être trouvé coupable et que le dossier soit retourné à la Cour de première instance pour le prononcé de la sentence.

**M. le juge Dubé.** Dans cette cause où l'intimé, le docteur Henry Morgentaler, a été acquitté par un jury d'une accusation d'avortement, mon collègue, le juge Bélanger, a très bien résumé les faits pertinents pouvant nous permettre de disposer de l'appel que la Couronne a interjeté.

Le noeud du litige est de décider si le juge de première instance était bien fondé ou non à permettre au docteur Henry Morgentaler de présenter une défense appuyée sur l'article 45 C.Cr. et/ou une défense sur le principe de la nécessité.

Avec beaucoup de respect pour toute opinion contraire, je suis d'avis que la défense sous l'article 45 C.Cr. n'aurait pas dû être acceptée par le juge de première instance, et cela pour plusieurs raisons.

Premièrement. Si en 1969 le législateur a ajouté à l'article 251 du Code criminel une défense, c'est qu'il a voulu donner à l'avortement une défense spécifique aux lieu et place de toute autre défense, autrement il aurait légiféré inutilement; en effet, permettre la défense prévue à l'article 45 C.Cr. ferait à toute fin pratique disparaître la nécessité de se conformer aux conditions exigées par le sous-paragraphe 4 dudit article 251 C.Cr., puisqu'il suffirait à un médecin qualifié de démontrer qu'il était raisonnable dans les circonstances de procéder à l'avortement sans se soumettre aux conditions de l'article 251 C.Cr., pour échapper à toute culpabilité: ce serait en d'autres mots permettre l'avortement sur demande, alors qu'il est clair, d'après l'article 251 C.Cr., que le législateur, tout en voulant libéraliser la loi sur l'avortement, n'a pas voulu cependant aller plus loin que ce qu'il a permis spécifiquement par cette loi.

Que faire alors dans les cas d'urgence, alors que l'éloignement ou toute autre cause empêche l'application des conditions du sous-paragraphe 4 de l'article 251 C.Cr.?

Alors dans ces cas, il faut tout simplement avoir recours à la «défense de nécessité», défense de droit commun, que l'article 7 (3) de notre Code criminel permet d'appliquer dans les cas du genre.

Deuxièmement. Si le législateur avait voulu que l'article 45 C.Cr. serve de défense à une accusation d'avortement, il aurait été logique qu'il s'assure que cette défense soit disponible à tous les cas d'avortement: l'article 45 C.Cr. ne concernant que les cas où il y a opération chirurgicale, quelle défense faudrait-il appliquer au cas d'avortement par drogues, médicaments ou toute autre forme d'avortement?

Pourquoi le médecin pratiquant l'avortement par opération chirurgicale bénéficierait-il, grâce à l'article

45 du Code criminel, d'une défense plus facile que celui pratiquant l'avortement au moyen d'un médicament, lequel n'aurait pour se disculper que la défense de nécessité, laquelle est beaucoup plus difficile à établir?

Troisièmement. Le Code criminel fait une distinction très nette entre l'expression «opération chirurgicale» et l'expression «avortement», la première étant une expression neutre en soi, quant à sa qualité criminelle, l'autre au contraire étant un crime (sauf évidemment si pratiqué conformément aux exceptions prévues au sous-paragraphe 4 de l'article 251 C.Cr.): l'article 45 C.Cr. en conséquence n'a pas pour but de disculper l'acte que constitue l'opération chirurgicale, mais de disculper la faute qui pourrait être commise en pratiquant cette opération chirurgicale, c'est-à-dire par exemple la négligence criminelle ou l'assaut sur un patient non consentant; mais cette même défense ne pourrait servir à disculper ce qui est de sa nature un crime. En conséquence, pour que l'avortement puisse bénéficier de la défense de l'article 45 C.Cr., il faudrait d'abord que son auteur le dépouillât de son caractère criminel en se conformant aux prescriptions du sous-paragraphe 4 de l'article 251 C.Cr. Cependant, on réalise alors que rendu à ce stade, il n'y aurait plus nécessité de recourir à l'article 45 C.Cr., puisque l'avortement serait devenu légal: d'où je crois, on peut conclure qu'il n'y a pas de cas où l'article 45 C.Cr. puisse s'appliquer lorsqu'il s'agit d'une infraction portée en vertu de l'article 251 C.Cr.; sauf que l'article 45 C.Cr. pourrait alors s'appliquer si à l'accusation d'avortement était greffée, par exemple, une accusation de négligence criminelle.

C'est pour ces motifs que je crois devoir conclure que le juge de première instance n'était pas en droit d'informer les jurés que la défense de l'article 45 pouvait s'appliquer dans le cas sous étude.

En conséquence, je ferais droit à l'appel et comme l'intimé a admis avoir commis le crime dont on l'a accusé, sans avoir fourni de preuve aucune qu'il était nécessaire de procéder immédiatement à cet avortement, et sans avoir fourni de preuve qu'il était alors impossible de rencontrer les exigences de l'article 251, sous-paragraphe 4, du Code criminel, je le déclarerais coupable.

En conséquence, je retournerais le dossier à la Cour de première instance pour qu'il y soit procédé au prononcé de la sentence.

**M. le juge Rinfret.** J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des notes de délibéré de mes collègues, MM. les juges Casey et Bélanger; je n'y ajouterai que

quelques remarques.

L'art. 45 est placé dans le Code criminel dans une sous-section intitulée «Protection des personnes exerçant l'autorité».

Il doit se lire dans le contexte des articles 43 et 44 qui le précèdent et qui traitent, l'article 43 — de la discipline des enfants —, l'art. 44 — de la discipline à bord d'un navire.

Par l'art. 43, tout instituteur, père ou mère ou remplaçant le père ou la mère, est fondé à employer la force pour corriger un élève ou un enfant, pourvu que la force ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances.

De la même façon, par l'art. 44, le capitaine, patron ou commandant d'un navire en voyage est fondé à employer la force dans la mesure que, sur des motifs raisonnables et probables, il croit nécessaire pour maintenir le bon ordre et la discipline à bord du navire.

Dans le même ordre d'idée, par l'art. 45:

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

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

Cette protection des personnes exerçant l'autorité est accordée à chaque personne mentionnée aux trois articles dans le domaine de leurs activités coutumières et dans la mesure où la force ou les motifs soient raisonnables dans les circonstances.

L'opération chirurgicale envisagée par l'article 45, est l'activité coutumière du chirurgien et doit s'entendre de l'opération chirurgicale pratiquée dans le cours normal des devoirs professionnels du chirurgien, de l'opération licite ou du moins non déclarée illicite et prohibée.

Le chirurgien qui se conformera aux conditions de l'article 45 sera à couvert de responsabilité criminelle.

Pourquoi l'article 45 étend-il sa protection non seulement aux chirurgiens mais à «toute personne» médecin, infirmière, sage-femme ou tout autre individu qui peut n'avoir aucune formation ni connaissances médicales?

C'est que, par la force des circonstances, et contre sa volonté, toute personne peut être placée dans une situation où elle doit se substituer au chirurgien et devenir, bon gré mal gré, la personne exerçant l'autorité, forcée qu'elle est de pratiquer une opération

chirurgicale.

C'est ainsi qu'un individu devra s'improviser chirurgien, pour sauver la vie de son semblable, en pratiquant par exemple une trachéotomie d'urgence dans un restaurant avec un couteau de table, en faisant l'ablation d'un bras emprisonné dans un engrenage en mouvement irréversible, en amputant une jambe rongée par la gangrène, dans un endroit éloigné de toute civilisation, avec impossibilité d'en sortir.

Comment cet individu pourra-t-il, sauf devant l'évidence même, décider s'il y va du bien de la personne en question de procéder à cette opération chirurgicale pour laquelle il n'a aucune préparation médicale?

C'est là qu'entrent en jeu «toutes les autres circonstances de l'espèce» que mentionne le paragraphe (b) de l'article 45.

En pareils cas, la défense basée sur l'art. 45 C.Cr., offre les mêmes caractéristiques que la défense de nécessité, si tant est que son application soit différente dans l'une ou l'autre alternative.

Hormis la protection accordée au chirurgien dans sa pratique courante, cette défense n'est admissible qu'en cas d'urgence, lorsque l'opération chirurgicale offre le seul moyen disponible pour faire face à une situation grave mettant la vie ou la santé en un danger actuel et immédiat. Il ne suffit pas que l'opération ne soit que préférable, souhaitable ou désirable en raison d'une vague possibilité de troubles futurs.

Hormis une nécessité évidente et immédiate, une urgence grave, je me refuse de croire que le législateur a voulu laisser à n'importe quel individu, ignorant de la chirurgie, le soin de décider, si, étant donné l'état de la santé de la personne au moment de l'opération, il est raisonnable de la pratiquer.

Est-ce à dire que la défense de l'article 45 C.Cr., n'est jamais disponible en matière d'avortement?

Je ne suis pas prêt à l'affirmer; j'estime que cela dépend des circonstances: elles doivent s'apparenter aux conjonctures ci-haut décrites.

Je n'accepterais pourtant pas au point de vue légal que puisse se prévaloir de la protection de l'art. 45, un chirurgien ou un médecin qui, délibérément, irait ouvrir un bureau ou une clinique d'avortement dans un endroit éloigné, privé des services que prévoit l'art. 251 paragraphe 4, dans le but d'y recevoir des jeunes filles ou jeunes femmes venant de centres où tels services existent.

Approuver la théorie exposée par l'intimé à l'effet que «toute personne» (c'est le texte de l'article) qu'elle soit chirurgien, médecin ou non, «est à couvert de responsabilité criminelle» lorsqu'elle pratique, en

n'importe quelle occurrence, sur une autre, pour le bien possible de cette dernière, un avortement, ce serait ouvrir la porte toute grande, à l'utilisation de cette défense tout à fait spéciale et restrictive, à tout individu ou avorteur professionnel, qui se croirait à couvert de toute responsabilité criminelle, si, dans sa sagesse, à tort ou à raison, il jugeait par lui-même, que l'état de santé de la personne est tel qu'il y a lieu à intervention.

L'article 45 C.Cr., ajoute:

b) S'il est raisonnable de pratiquer l'opération, étant donné... toutes les autres circonstances de l'espèce.

Le législateur fait précéder ce dernier membre de phrase de la particule «et» qui indique son intention que ces circonstances soient cumulatives.

Quelles sont ces circonstances?

J'en ai plus haut indiqué quelques-unes: éloignement de toute civilisation, impossibilité de se rendre à un centre médical, urgence, nécessité évidente.

Pour juger de ces circonstances, l'on doit se replacer dans le cadre de l'espèce soumise.

En matière d'avortement, les circonstances qui mettent à couvert de responsabilité criminelle, celui qui le pratique, sont contenues au paragraphe 4 de l'article 251 C.Cr.:

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

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

b) à une personne du sexe féminin qui, étant enceinte, permet à un médecin qualifié d'employer, dans un hôpital accrédité ou approuvé, quelque moyen mentionné à l'alinéa a) aux fins de réaliser son intention d'obtenir son propre avortement,

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

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

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

Que l'intimé soit un médecin qualifié, ne semble faire aucun doute.

Le médecin en question ne doit pas être membre

du comité de l'avortement thérapeutique de l'hôpital, qui doit décider qu'à son avis, la continuation de la grossesse mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de la personne.

Le législateur indique péremptoirement que la décision ne doit pas être prise par un seul médecin, quelles que soient ses qualifications et que ce médecin ne doit en aucun temps être membre du comité qui décidera du cas.

Le médecin qualifié doit recevoir du comité, copie du certificat émis par le comité.

L'avortement thérapeutique doit être pratiqué dans un hôpital accrédité ou approuvé.

L'avortement pour lequel l'intimé est poursuivi, a eu lieu à Montréal, à portée des services.

L'intimé ne peut donc invoquer l'éloignement, ni le nonaccès aux facilités que procurent les comités d'avortement thérapeutique établis dans plusieurs hôpitaux de la métropole.

Dédaignant ces comités d'avortement thérapeutique, il a décidé, seul, d'intervenir.

Si j'en crois son témoignage, l'avortement était nécessaire, raisonnable et même indispensable, vu l'état de détresse psychologique de la personne en question, et que, par « mesure psychosomatique, un état de psychisme comme ça peut amener des troubles psychiques fort graves avec le danger qu'elle aille chez un charlatan, qu'elle s'avorte elle-même, qu'elle se suicide ». (Italiques miens).

« Peut amener » — « danger », l'on demeure dans le domaine des possibilités; l'on est loin d'un danger immédiat et urgent.

En pareilles circonstances, il est fort possible qu'un comité de l'avortement thérapeutique en serait arrivé à la même conclusion de permettre l'intervention et d'émettre le certificat permettant de procéder à l'opération.

Sur la question d'urgence, l'intimé lui-même témoigne à l'effet que

du point de vue médical, une intervention d'avortement, pratiquée avant douze (12) semaines de la grossesse, comporte quatre (4) fois moins de risques de mort ou de complications graves...

Ce n'est qu'après l'entente intervenue au sujet de l'avortement, après réception d'un acompte sur ses honoraires et après que les assistantes de l'intimé aient préparé la jeune fille pour l'opération que l'intimé, en l'examinant, s'est rendu compte qu'elle était « enceinte à peu près de six (6) à huit (8) semaines ».

Ce qui laissait de quatre (4) à six (6) semaines avant la date fatidique désignée par l'intimé, durant lesquelles, s'il l'eût voulu, il aurait pu faire examiner

la jeune fille par un comité de l'avortement thérapeutique d'un des hôpitaux de Montréal.

Même sans qu'il y ait urgence, il a préféré passer outre aux exigences de la loi et procéder immédiatement à l'avortement.

Il est bon de noter que l'intervention a eu lieu le 15 août 1973 et que la jeune fille en question avait rendez-vous dans un hôpital de Montréal pour le 28 août, soit treize (13) jours seulement après l'avortement, et en dedans de la période indiquée par l'intimé.

L'intimé affirme ne pas avoir été mis au courant de ce rendez-vous, ce qui ne reflète pas un examen bien poussé avant l'opération et qui ne le dégage pas de son obligation personnelle de chercher à prendre les mesures légales qui s'imposent.

Il y a absence totale de preuve démontrant l'impossibilité pour l'intimé de se prévaloir des dispositions que la loi met à sa portée; il y a absence totale de preuve qu'il ait communiqué avec un des hôpitaux qui possèdent des comités de l'avortement thérapeutique afin d'obtenir d'eux le certificat de l'article 251 (4) (d); il y a absence totale de preuve qu'il ait même tenté d'épuiser les moyens légaux avant de décider par lui-même, sans consultation, de pratiquer l'avortement, et ce, dans une clinique non accréditée ni approuvée.

Si, dans certains cas spécifiques d'avortement, qui restent à déterminer, l'art. 45 C.Cr., met à couvert de responsabilité criminelle celui qui le pratique, l'espèce présentement soumise n'entre pas dans ces catégories.

La défense de l'article 45 C.Cr., ne peut pas venir à la rescousse de l'intimé.

Comme, par ailleurs, il admet l'avortement reproché et reconnaît n'avoir pas suivi les dictées de l'art. 251 (4), il doit être déclaré coupable de l'accusation portée contre lui.

Il y a donc lieu de faire droit à l'appel de la Couronne, de casser et annuler le verdict d'acquiescement, de déclarer l'intimé coupable et de retourner le dossier à la Cour de première instance pour qu'il y soit procédé au prononcé de la sentence.

**M. le juge Casey.** This opinion is restricted to these questions, what defence was open to respondent, was the jury properly directed and does the evidence justify the acquittal. It is not concerned with the wisdom of the law but it does assume that the relevant sections of the Code reflect Parliament's assessment of what is required to protect the rights of the individual and of the community.

The facts of the case are summarized by the

presiding judge and for this reason there is no need that they be repeated. However one must bear in mind that respondent is a doctor, that his competency is not in question, that he practices in Montreal, that he terminated this pregnancy without having followed the procedure of Cr.C. 251 and that it was he, not the woman, who was charged.

The trial judge said that two defences were open to respondent, the common law defence of necessity and that of Cr.C. 45. This obliges me to direct my attention to these questions — what were those defences and in a case like this, is there any difference between the two?

If a person has to choose between committing a crime or suffering to himself or to others whom he has the duty to protect, a grave evil, he may commit the crime provided that he does not thereby affect the equal rights of others. This as I understand it is the common law defence of necessity. Kenny (11) states it in this fashion:

It would therefore seem natural that such prospect of greater harm should be still more readily admissible as a defence to criminal proceedings. For in them the main object is not to compensate loss but to punish actual guilt (which here seems almost or altogether absent); and punishment itself must fail to attain its great object, that of deterrence, in those cases of so-called necessity where the evil it threatens is less than the evil which would have been suffered if the crime had not warded it off. So a person who commits some trivial offence, for the purpose of saving life — who goes at night, shall we say, on a lampless bicycle to fetch the fire-engine — might seem to have a valid legal excuse. Yet though theoretical writers have been willing to accept this ground of defence, there is no English case in which the defence has been actually raised with success; however Lord Mansfield gave an *obiter dictum* that even an act of treason, like the deposition of a colonial governor by his council, might, in some circumstances of public danger be justified by its necessity. The word "necessity" which is often used to indicate these predicaments is somewhat misleading. Strictly speaking there is no necessity in the sense that the thing is inevitable or unavoidable. For if it were, then there would be the legal defence that the accused's act was not voluntary. In reality the position is that the person (perhaps with very good reason) much prefers to do the thing which he does rather than something else, which would be more unpleasant.

Probably no such defence can be accepted in any case (1) where the evil averted was a lesser evil than the offence committed to avert it, or (2) where the

evil could have been averted by anything short of the commission of that offence, or (3) where more harm was done than was necessary for averting the evil. Hence it is scarcely safe to lay down any more definite rule than that suggested by Sir James Stephen, viz. that "it is just possible to imagine cases in which the expediency of breaking the law is so overwhelmingly great that people may be justified in breaking it; but these cases cannot be defined beforehand".

While this defence is available in very few "well recognized instances" (12), one of these, as evidenced by *Bourne's* case (13), generally recognized as containing a correct statement of the common law, is that of the doctor who has to choose between terminating the pregnancy or allowing the life or health of the pregnant woman to remain in danger. This is the common law defence that was retained by Cr.C. 7 (3).

However since the time of *Bourne* the English Abortion Act (1967) has become a factor and while some say that it has changed the common law as stated in that judgment others are of the opinion that the law remains unchanged so far as abortion is concerned. Thus:

A limited defence of necessity would seem desirable in principle. The defence would necessarily be limited in scope by the fact that, in the great majority of cases where it is necessary to procure an abortion, this is lawful by statute so that there is not room for the operation of any broader defence. But suppose that a qualified doctor who is not a registered medical practitioner and so does not come within the terms of s. 1 (4) above, forms the opinion in good faith that immediate termination of a pregnancy is necessary in order to save the life of the mother who is in a remote place and beyond the help of any registered medical practitioner. Is it the law that he must let the woman die when he could save her by terminating the pregnancy? (14)

But be that as it may, I see no reason for suggesting that the Abortion Act (1967) in any way affects the situation in Canada. Nor do I think that Cr.C. 251 made more rigid the section that it replaced. All that this section does is relieve the operating doctor from proving medical need, provided of course that the other requirements of the section have been observed. This may not be read as destroying the common law defence.

The other defence discussed by the trial judge is that of Cr.C. 45. This section contemplates surgical operations that might be illegal and it protects the

(11) (Ed. 19), 42 (72).

(12) Smith & Hogan, p. 142.

(13) *Supra.* note (3)

(14) Smith & Hogan, p. 247.

person who operates if:

a) the operation is performed with reasonable care and skill, and

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

So far as abortions are concerned this seems to be no more than a statement of the defence of necessity.

I am satisfied that the technique employed by respondent was a surgical operation within the meaning of Cr.C. 45. I come to this conclusion secure in the knowledge that if wrong, my error favours respondent.

My second observation is that one of the circumstances contemplated by Cr.C. 45 is s. 251 which as already stated, tolerates abortions when the life or health of the woman is in danger and when the required procedure is followed. However there still remain those rare cases in which compliance with these requirements is impossible. Cr.C. 251 does not provide for these but I cannot believe that this silence entitles us to assume that Parliament intended to hold people to the impossible or that a doctor faced with a real and urgent medical need to terminate a pregnancy must refrain from doing so because he cannot comply with the section.

For these reasons I am of the opinion that whether it be called the defence of necessity or that of Cr.C. 45 respondent can avoid the sanctions of the law only if, and this is the nub of the whole affair, he has succeeded in establishing that there existed a real and urgent medical need and that the woman could not by reasonable means have complied with the law. Respondent's decision to operate can be regarded as reasonable within the meaning of Cr.C. 45 only if he succeeded in establishing these facts. This is what the judge should have told the jury and for this it was not necessary that he cite his authorities: a simple statement of the law would have sufficed.

I am satisfied that the trial judge's general remarks respecting respondent's burden are beyond criticism. What I have in mind is the passage that ends with:

En effet, tout ce que l'accusé a à faire, c'est de soulever, dans vos esprits, un doute raisonnable quant aux éléments de la défense.

But I think that his attempt to distinguish between the defences of necessity and Cr.C. 45 was unnecessary and apt to create confusion in the minds of the jury. Also, I have doubts as to the way in which he related respondent's burden to these two defences. However there is more.

To succeed respondent had to satisfy the jury on the two issues of fact — need and impossibility. By this I mean that he had at the very least to create in their minds a reasonable doubt on these issues.

On the element of the real and urgent medical need for the operation there may be some evidence that is relevant but if there is it is so weak that it could not have created a reasonable doubt in the minds of a properly directed jury. But again there is more; there remains the issue of impossibility and here the whole case hinges on two depositions, those of the woman and of respondent.

The woman testifies that she wished to be aborted because she feared the reaction of her family and of her roommate and because she did not wish to interrupt her studies. She was prepared to go to the United States but before doing so she consulted two Montreal hospitals and was told that the cost would be prohibitive. She then phoned the Royal Victoria and was told that it would take three days in hospital at \$140. per day and that the date of her appointment would bring her beyond the sixth week, a date that she regarded as critical. She claims that the person on the other end of the line told her to see respondent with whom she then secured an appointment. About this time she contacted the Montreal General and again was told that the operation would require three days' hospitalization. All this took place around August 1st, that is, two weeks before her visit to respondent. On August 15th after a short interview with respondent she was taken into the operation room by a Mrs. L'Abbé and aborted.

On p. 1821 respondent speaks of the necessity of operating before the twelfth week (the woman thought six) and on p. 1822 he tells the story of this particular patient. He relates what took place during the pre-operation interview and on p. 1827 he describes the physical examination which satisfied him that she was in her sixth to eighth week of pregnancy.

Nowhere is it shown that respondent made any effort, as was his duty, to find out why this woman couldn't comply with the law nor do I find anything tending to establish that such compliance was impossible. Assuming on the need issue that there was something for the jury to consider the complete absence of proof on the other leads inescapably to the conclusion that a properly directed jury necessarily would have convicted.

In these circumstances I would maintain this appeal but rather than order a new trial I would convict respondent and return the record to the Court of first instance for sentencing.