COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

95-08-CA

THE PROVINCE OF NEW BRUNSWICK

APPELLANT

- and -

DR. HENRY MORGENTALER

RESPONDENT

Province of New Brunswick v. Morgentaler, 2009 NBCA 26

CORAM:
The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
August 1, 2008

History of Case:

Decision under appeal:
2008 NBQB 258

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
January 13, 2009

Judgment rendered:
May 21, 2009

Reasons for judgment by:
The Honourable Chief Justice Drapeau

Concurred in by:
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Quigg

LA PROVINCE DU NOUVEAU-BRUNSWICK

APPELANTE

- et -

LE DOCTEUR HENRY MORGENTALER

INTIMÉ

Province du Nouveau-Brunswick c. Morgentaler, 2009 NBCA 26

CORAM :
L'honorable juge en chef Drapeau
L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Quigg

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine :
Le 1er août 2008

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2008 NBBR 258

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
Le 13 janvier 2009

Jugement rendu :
Le 21 mai 2009

Motifs de jugement :
L'honorable juge en chef Drapeau

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Quigg

Counsel at hearing:

For the appellant:
Nancy E. Forbes

For the respondent:
Darlene Jamieson, Q.C.

THE COURT

The appeal is dismissed with costs.

Avocats à l’audience :

Pour l’appelante :
Nancy E. Forbes

Pour l’intimé :
Darlene Jamieson, c.r.

LA COUR

Rejette l’appel avec dépens.

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU, C.J.N.B.

## I. Introduction

[1] The "medical services plan" established pursuant to the *Medical Services Payment Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-7, prescribes that "entitled" services are to be paid by the Province. Under the *General Regulation - Medical Services Payment Act*, N.B. Reg. 84-20, an abortion does not qualify as an "entitled" service unless: (1) two medical practitioners certify in writing that it is "medically required"; and (2) it is performed in an approved hospital facility by a specialist in the field of obstetrics and gynecology. In the underlying action, which was launched nearly six years ago, more precisely on July 16, 2003, Dr. Henry Morgentaler challenges the constitutionality of that provision, arguing it erects a barrier to abortion services that violates rights guaranteed to women under s. 7 ("Life, Liberty and Security of Person") and s. 15 ("Equality") of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In addition to a declaration of unconstitutionality, Dr. Morgentaler seeks a declaration that the provision in question is inconsistent with, and in violation of the *Canada Health Act*, R.S.C. 1985, c. C-6.

[2] As is relatively well known, Dr. Morgentaler owns and operates an abortion clinic in Fredericton, New Brunswick. The Clinic is not an approved hospital facility within the meaning of Regulation 84-20 and access to its abortion services is not subject to the Regulation's other eligibility conditions. Consequentially, abortions performed at the Clinic do not qualify as "entitled" services and, since the service providers cannot look to the Province for payment pursuant to the "medical services plan", the patient is saddled with the bill. Be that as it may, the Province readily acknowledges that the underlying claim draws on non-pecuniary considerations in urging the aforementioned declaration of unconstitutionality.

[3] Indeed, as will be seen, Dr. Morgentaler seeks to distinguish a judicial precedent arguably unfavorable to his claim, *Lexogest Inc. et al. v. Manitoba (Attorney General) et al.* (1993), 85 Man.R. (2d) 8 (C.A.), [1993] M.J. No. 54 (QL), by underscoring that his constitutional challenge, unlike the one at issue in that case, does not hinge on success in contesting a legislative denial of public funding for abortions provided at a privately owned clinic. Thus, as articulated in his written submission, Dr. Morgentaler's challenge is premised, at least in part, on the theory that the regulatory provision at issue here sets up an "administrative structure of rules" the by-product of which is a constitutionally impermissible "barrier to access to abortion in New Brunswick".

[4] After his standing to secure the sought-after declaration of unconstitutionality was put in issue by the Amended Statement of Defence, Dr. Morgentaler applied for an order granting him public interest standing, arguing the conditions precedent endorsed by the Supreme Court of Canada in *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, [1992] S.C.J. No. 5 (QL) were satisfied and that, since the *Rules of Court* were mute on the subject, the court's inherent jurisdiction could be relied upon to fill the procedural gap. A judge of the Court of Queen's Bench agreed and allowed the motion (see (2008), 336 N.B.R. (2d) 121, [2008] N.B.J. No. 279 (QL), 2008 NBQB 258).

[5] The Province's primary contention on appeal is that Rule 23 ("Determination of Questions before Trial") excludes, by way of Rule 23.01(2)(b), the inherent jurisdiction invoked by Dr. Morgentaler and exercised by the motion judge. The Rule in question provides that a defendant may apply before trial for dismissal of the action on the basis of the plaintiff's lack of "legal capacity". The Province submits that: (1) there can be no pre-trial determination of an issue targeted by Rule 23 unless it is permitted under that Rule; (2) "legal capacity" encompasses standing, whether private or public interest; and (3) since only a defendant may resort to Rule 23.01(2)(b), a plaintiff may not seek any standing-related relief prior to trial.

[6] The Province offers, as well, the following fallback position: public interest standing was granted in the case at bar following a misapplication of the governing principles. This would be so because of the motion judge's failure to appreciate that: (1) the *Charter*-based claim for declaratory relief has virtually no chance of success, a similar claim having been previously rejected in *Lexogest Inc. et al. v. Manitoba (Attorney General) et al*; and (2) someone with private interest standing, such as a woman who availed herself of the services offered at the Clinic, can be expected to prosecute the constitutional challenge Dr. Morgentaler has undertaken.

[7] With respect, neither the Province's primary nor its alternative contention comes close to passing muster. In the text that follows, I unspool the details of the parties' dispute and elaborate on the reasons undergirding my conclusion that the appeal is devoid of merit. Those reasons, in abridged formulation, are as follows: (1) the requisite jurisdiction to entertain and determine applications for public interest standing inheres in the office of superior court judge; (2) the timing of the exercise of that jurisdiction is a matter within the discretion of the court; and (3) the motion judge did not commit reversible error of law or fact in allowing Dr. Morgentaler's motion for public interest standing.

[8] In the result, I would dismiss the appeal, with costs.

## II. Context

[9] As will be seen, the following questions weigh in the balance when consideration is given to an application for public interest standing in a case such as the present one: (1) how serious is the applicant's challenge to the legislation's validity?; (2) is the applicant "directly affected" by the legislation or, if not, does he or she have a "genuine interest" in its validity?; and (3) is there another reasonable and effective way to bring the issue before the court?

[10] The answer to the first question is dependent upon the court's assessment of the applicant's chances of success. That exercise necessarily requires a consideration of the pleadings to determine whether, as a matter of law, the applicant's challenge is founded on a theory that could prevail at trial.

[11] The Province concedes that an affirmative answer is called for in respect of the second question. Although the Amended Notice of Motion posits this particular prerequisite is met through Dr. Morgentaler's "genuine interest" in the constitutional validity of the impugned legislation, he is also "directly affected" by it.

[12] The answer to the third and last question is a judgment-call shaped by admissions, judicial notice, admissible evidence and common sense. That self-evident proposition requires a careful review of the pleadings and the evidence presented in first instance, bearing in mind the great deference owed to the motion judge's conclusion on point (see *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, [2002] S.C.J. No. 31 (QL), 2002 SCC 33, para. 10 and *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, [2005] S.C.J. No. 24 (QL), 2005 SCC 25, paras. 55-56).

[13] Under our rules of pleading, every allegation of fact in the Statement of Claim is deemed admitted unless the defendant denies the allegation in the Statement of Defence or asserts therein that he or she has no knowledge of it. The following allegations of fact – all formulated in a manner that, with very few exceptions, faithfully tracks the wording of the Amended Statement of Claim – are either explicitly or implicitly admitted by the Province:

(1) Dr. Morgentaler is a medical doctor licensed to practice medicine in New Brunswick, where he owns and operates an abortion clinic;

(2) he is likewise licensed in the Provinces of Alberta, Manitoba, Newfoundland and Labrador, Nova Scotia and Quebec, where he also owns and operates abortion clinics;

(3) Dr. Morgentaler has been involved in litigation in Manitoba and Prince Edward Island over provisions in provincial health services payment legislation that deny coverage for abortions performed in private clinics;

(4) he has successfully defended himself against criminal charges for performing abortions in Quebec and Ontario;

(5) in 1988, the Supreme Court of Canada struck down as unconstitutional s. 251 of the *Criminal Code*, the provision under which he had been charged;

(6) On May 5, 1989, the Province amended Schedule 2 of Regulation 84-20 to add paragraph (a.1), which provides that an abortion is deemed not to be an "entitled" service unless:

(a) it was performed by a specialist in the field of obstetrics and gynecology in a hospital facility approved by the jurisdiction in which the hospital facility is located; and

(b) two medical practitioners certify in writing that the abortion was medically required;

(7) Dr. Morgentaler was subsequently charged in Nova Scotia under provincial legislation that prohibited the performance of abortion procedures outside a hospital. He was successful in his defence and, in 1993, the Supreme Court of Canada declared the legislation in question unconstitutional;

(8) In 1992, Dr. Morgentaler purchased a property in Fredericton with a view to establishing a therapeutic abortion clinic two years hence;

(9) On February 3, 1994, the Province amended the *Medical Services Payment Act* to prescribe, by way of s. 2.01(b), that the medical services plan "shall not provide for […] entitled services furnished in a private hospital facility in the Province". I note in passing that the prayer for relief in the Amended Statement of Claim does not feature a request for a declaration that s. 2.01(b) is unconstitutional. Nor does it include a claim for a declaration that s. 2.01(b) is inconsistent with, and in violation of the *Canada Health Act*;

(10) the Clinic opened in June of 1994 but, within weeks, more precisely on July 5, 1994, Dr. Morgentaler was restrained by Order of the Council of the College of Physicians and Surgeons from performing abortions outside a hospital;

(11) On September 14, 1994, a judge of the Court of Queen's Bench declared unconstitutional the legislative provisions upon which the College relied, namely ss. 56(b.1) and 56.2 of the *Medical Act*, S.N.B. 1981, c. 87;

(12) shortly thereafter, the Clinic reopened;

(13) in 1998, the Clinic moved to its current location, still in Fredericton;

(14) the Province does not provide funding under the medical services plan ("Medicare") to the Clinic or to physicians providing abortion services therein;

(15) the effect of the 1988 and 1994 amendments mentioned above precludes the extension of Medicare funding for abortion services performed in the Clinic;

(16) the Clinic is the only non-hospital setting in New Brunswick where abortions are offered; and

(17) the Clinic charges a fee for therapeutic abortions as there is no Medicare coverage for the procedure or the doctor's fees.

[14] In his Amended Statement of Claim, Dr. Morgentaler also asserts that, by virtue of the *Canada Health Act* and the *Medical Services Payment Act*, all New Brunswick "residents" are insured persons entitled to benefits under a plan of universal medical and hospital insurance, known as the medical services plan ("Medicare"). While the Province acknowledges in its pleading the correctness of that proposition, it denies or claims to have no knowledge of the following allegations, the wording of which parrots, more often than not, the Statement of Claim:

(1) accessible abortion services are an integral component of women's necessary reproductive-related health care;

(2) since 1968, Dr. Morgentaler has championed the right of women to non-hospital and state-funded abortions;

(3) Dr. Morgentaler, and physicians employed by him, performed abortions at the Clinic when it reopened in September 1994;

(4) Ontario, Quebec, Alberta and Newfoundland and Labrador provide full Medicare coverage for clinic abortions;

(5) the Order of the Council of College of Physicians and Surgeons of New Brunswick restraining Dr. Morgentaler from performing abortions outside a hospital setting was made at the insistence of the Minister of Health and Community Services;

(6) the Province has remained philosophically and politically opposed to the barrier-free provision of abortion-related reproductive health care to women in the province, and in particular opposed to the delivery of abortion services in a clinic setting;

(7) the effect of the 1989 and 1994 legislative amendments is to impose significant regulatory and institutional barriers to women seeking Medicare-funded reproductive health services in New Brunswick;

(8) The *Medical Services Payment Act* and Regulations enacted thereunder deem abortion to be "medically required" only where strict qualifying conditions are met;

(9) unlike virtually any other medical health service, insurability of abortion health services is made contingent upon the opinion of not only a woman's primary care physician, but an additional confirmatory opinion provided by a second physician, both opinions to be given in writing;

(10) women seeking therapeutic abortions in New Brunswick may not be able to find two doctors to refer them for a hospital abortion;

(11) only two provincial hospitals, located in Fredericton and Saint John, offer therapeutic abortion services and, as a result, women may not be able to access a hospital that provides therapeutic abortion services;

(12) there is no medical reason which requires hospital abortions to be preferred over clinic abortions, or mandates that abortion services be provided by specialists in the field of obstetrics and gynecology; and

(13) women having therapeutic abortions at the Clinic are forced to bear the full cost of the procedure.

[15] In addition, Dr. Morgentaler enunciates the following theory in support of his claim for declaratory relief:

(1) in making legislative choices through the *Medical Services Payment Act* and specifically Regulation 84-20 about which pregnant women will be approved for a Medicare funded abortion, and by whom and in what location a state-funded abortion may be provided to approved women, the Province has failed to discharge its obligation to ensure that any differential treatment or underinclusion in the Province of essential health needs to its citizens does not infringe the fundamental rights and freedoms guaranteed by the *Charter*, and in particular those guaranteed by s. 7 and s. 15;

(2) the protective and beneficial regime of Medicare funded medical services created by the *Medical Services Payment Act* and Regulation 84-20 is underinclusive, and discriminates against New Brunswick women on the prohibited grounds of sex, contrary to s. 15 of the *Charter*. Regulation 84-20 denies pregnant women in New Brunswick the right to equal benefit and protection of the law without discrimination based on sex. The Province's failure to extend Medicare funding to abortions performed at the Clinic creates a distinction which results in the denial of the equal benefit and protection of the law to pregnant women seeking to exercise reproductive autonomy;

(3) the Province's adoption of an underinclusive regime of Medicare benefits violates the rights of pregnant New Brunswick women under s. 7 of the *Charter* to life, liberty and security of the person by creating conditions which substantially interfere with the exercise of their constitutional freedom from restrictions on their reproductive autonomy. Their exclusion from the regime amounts to an affirmative interference with the effective exercise of their protected right to personal autonomy and bodily integrity.

The violation of the rights of New Brunswick women is not in accordance with the principles of fundamental justice, and is not a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society; and

(4) Regulation 84-20 is inconsistent with the provisions of the *Canada Health Act* and the *Medical Services Payment Act*, which provides Medicare to residents of New Brunswick, as defined in the legislation.

[16] The averments in the preceding paragraph – the formulation of which replicates, without embroidery, the wording of the Amended Statement of Claim – are denied in the Amended Statement of Defence. Following that denial, the Province proceeds to set out the various matters it intends to rely upon to defeat the action:

(1) the *Medical Services Payment Act* assigns to the Minister of Health and Wellness the responsibility for establishing a medical services plan (Medicare) and defines "entitled services" to refer to all services rendered by medical practitioners that are medically required, apart from those which are expressly excepted under the *Medical Services Payment Act* or Regulations;

(2) Schedule 2 to Regulation 84-20 specifies a number of medical procedures, which are deemed not to be "entitled services". Abortion is an "entitled" service in certain circumstances. The criteria balance competing considerations of access and resource management and apply uniformly to all beneficiaries in the Province;

(3) the *Hospital Services Act*, R.S.N.B. 1973, c. H-9, assigns to the Minister of Health and Wellness the authority to approve hospital facilities in the Province and assigns to the Lieutenant Governor in Council the authority

to regulate the maintenance of adequate standards in approved hospital facilities;

(4) Dr. Morgentaler's Clinic is not a "hospital" approved by the Minister;

(5) medical practitioners in New Brunswick must meet criteria to obtain a practitioner number to receive payment for entitled services rendered to beneficiaries;

(6) government funding of services provided in private clinics would create a burden on the public system because health care service providers would not be available to provide services within both systems at the same time;

(7) "medically required" Medicare-funded therapeutic abortions are accessible at several hospitals throughout the Province;

(8) the provision of "medically required" abortions is one facet of the comprehensive reproductive health services provided through Medicare;

(9) reasonable access to therapeutic abortions in cases of medical necessity would not be meaningfully enhanced by extending Medicare funding to therapeutic abortions performed at the Clinic;

(10) alleged non-compliance with the *Canada Health Act* does not found a cause of action by an individual against a province and is not a justiciable issue. It is within the sole discretion of the federal government as to what steps, if any, it shall take where it determines a default has occurred. In the alternative, the Province has the legislative authority to determine which services will be considered an insured service and this authority is not impeded by any provision of the *Canada Health Act*;

(11) Dr. Morgentaler lacks legal standing to claim the benefit of any of the infringements he alleges under the *Charter*;

(12) the *Charter* does not impose any positive constitutional obligation on government to provide Medicare funding for abortion services performed in the Clinic;

(13) if there is any constitutional or statutory obligation on government to provide Medicare funding for abortion services of any kind, the provision of Medicare funding for therapeutic abortions in New Brunswick meets all statutory and constitutional requirements;

(14) the challenged legislation causes no restriction on or affirmative interference with physical liberty, infliction of serious physical or psychological trauma, interference with any protected right to personal autonomy or bodily integrity or any other infringement of the life, liberty and/or security of the person interest protected by s. 7 of the *Charter*;

(15) the challenged legislation does not discriminate against Dr. Morgentaler or others on the basis of sex or any other enumerated or analogous ground of discrimination as contemplated in s. 15 of the *Charter*;

(16) the existing provision of Medicare funding for "medically required" therapeutic abortions in approved hospitals ameliorates the conditions of those women who require the procedure and thereby promotes the equality guarantee under s. 15; and

(17) any limit on constitutionally protected rights which might be found to have occurred is a reasonable limit that is demonstrably justified in a free and democratic society.

[17] Needless to say, several of those pleas are put forward as alternative answers to the claims sketched out in the Amended Statement of Claim. And it should go without saying, but I wish nonetheless to emphasize that the determination of those pleas is a task which stands to be performed in another forum. That is likewise the case for all unresolved factual and legal issues, excepting, of course, those whose determination is absolutely essential to the disposition of the present appeal.

[18] At any rate, it is the plea that Dr. Morgentaler lacks legal standing to claim the benefit of the *Charter* infringements alleged in his Amended Statement of Claim, coupled with the Province's steadfast insistence on putting off until the trial's end any judicial determination of the issue, that prompted the filing of the underlying motion on February 1, 2007. In his original Notice of Motion, Dr. Morgentaler asked the court to "affirm its inherent jurisdiction" to grant public interest standing. He relied upon the following grounds in advocating the exercise of that jurisdiction in connection with his prayer for a declaration of unconstitutionality:

> 1. The Applicant meets the established legal test for determination of standing as a public interest litigant, based on principles set out by the Supreme Court of Canada in *Thorson v. Attorney General of Canada* [1975] 1 S.C.R. 138; *Nova Scotia (Board of Censors) v. McNeill* [1976] 1 S.C.R. 265; and *Canada (Minister of Justice) v. Borowski* [1981] 2 S.C.R. 575; in that, there is a "serious issue" in dispute, about which the Applicant has shown a "genuine interest", and there is "no other reasonable and effective manner in which the issue may be brought before the court."
>
> 2. The Applicant contends that Regulation 84-20 of the *Medical Services Payment Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-7 is unconstitutional in that it violates rights guaranteed by sections 7 and 15 of the Canadian *Charter of Rights and Freedoms* and, as such, the Applicant clearly meets the first branch of the test for public interest standing in that the action deals with a "serious issue".
>
> 3. The Applicant has championed Canadian women's right of access to non-hospital and state-funded abortions

> since 1968. He was successful in defending against criminal charges for performing abortions in Quebec and Ontario. He has twice been successful at the Supreme Court of Canada in relation to the issue of access to lawful abortion. Since 1994, he has operated an abortion clinic in the City of Fredericton, Province of New Brunswick; in 1995, he was successful in having sections of the province's *Medical Act* struck down as *ultra vires* the Province of New Brunswick. For the foregoing reasons, it is clear the Applicant meets the second branch of the test for public interest standing, in that he has shown a longstanding and "genuine interest" in the subject matters of the action. [It bears noting that Dr. Morgentaler did not contend that he was "directly affected" by the impugned regulatory provision, which is, as noted, another way of satisfying the second prong of the test for public interest standing.]
>
> 4. The fact that pregnancy termination is a decision of an intimate and private nature has been acknowledged by the Supreme Court of Canada in *R. v. Morgentaler* [1988] 1 S.C.R. 30, at 148 and 172. Moreover, given the limited time frame between conception and pregnancy termination, it is unreasonable to expect a woman seeking access to an abortion to carry out a court challenge within the limited window available to her. For these reasons, the Applicant meets the third branch of the public interest standing test in that there is "no other reasonable and effective manner in which the issue may be brought before the court."

[19] Dr. Morgentaler would eventually amend his Notice of Motion to add the following fallback request:

> [1] In the alternative, should this Honourable Court find that this application must be brought before the Court pursuant to Rule 23 or specifically Rule 23.01(1)(a), the Plaintiff will argue this Court should read down the application of Rule 23, in the case of applications for a determination of standing, so that these applications in particular are not subject to the evidentiary limitations found in Rule 23.02.
>
> [2] In the further alternative, if the Court finds Rules 23.01(1)(a) and 23.02 are applicable, the Plaintiff will be

> requesting leave of the Court to introduce affidavit evidence, in particular the affidavits of Dr. Morgentaler and Simone Leibovitch.

[20] The first rule invoked in Dr. Morgentaler's Amended Notice of Motion, Rule 23.01(1)(a), provides that either the plaintiff or a defendant may, at any time before the action is set down for trial, apply for the determination of any question of law raised by a pleading where that determination may dispose of the action, shorten the trial, or result in a substantial saving of costs. The second rule invoked, Rule 23.02, prescribes that, except with the court's permission, on applications under Rule 23.01(1)(a), evidence shall not be admitted except: (1) a transcript of a relevant examination; and (2) affidavits required to identify a document or prove its execution. Neither of those exceptions is engaged here.

[21] The record on appeal features two affidavits in support of the motion, one by Dr. Morgentaler, sworn August 3, 2006, the other by Simone Leibovitch, the Executive Director and Manager of the Clinic. The Province produced an affidavit by Lyne St-Pierre Ellis, the Director of the Health Work Force Planning Division at the Department of Health. In the Province's submission, both affidavits filed in support of the motion were inadmissible by virtue of Rule 23.02. Accordingly, it made a conditional proffer of Ms. St-Pierre Ellis' affidavit: it should only be considered in the event that, in the exercise of its discretion under Rule 23.02, the court granted leave to admit the moving party's supporting affidavits.

[22] Paragraphs 2-21 of Dr. Morgentaler's affidavit read as follows:

> 2. I am a physician, licensed to practice medicine in the following provinces: Ontario; Quebec; Manitoba; Alberta; Newfoundland; Nova Scotia and New Brunswick. I have practiced medicine for some 53 years. On March 11, 1994, I became licensed by the New Brunswick College of Physicians and Surgeons to practice medicine in the Province of New Brunswick.

3. I operate private abortion clinics in the following locations: Ontario, Quebec, Alberta, Newfoundland and Fredericton, New Brunswick.

4. I have engaged in legal battles with the Government of Canada and the governments of various provinces over the years in relation to a woman's right to have timely access to safe, therapeutic abortion. I have been successful in defending against criminal charges for performing abortions in Quebec and Ontario. In 1988, the Supreme Court of Canada struck down as unconstitutional s. 251 of the *Criminal Code*, under which I had been charged.

5. I faced charges in Nova Scotia under the *Medical Services Act,* which prohibited the performance of abortion procedures in non-hospital settings. That case concluded in 1993 with the Supreme Court of Canada declaring the impugned legislation to be unconstitutional.

6. The abortion clinic I own in Fredericton began operation in June 1994.

7. On July 5, 1994, I was restrained by an Order of the Council of the New Brunswick College of Physicians and Surgeons, pursuant to sections 56(b.l) and 56.2 of the [*Medical Act*, S.N.B. 1985, c. 76]**,** from performing abortions outside a hospital setting.

8. On September 14, 1994, Mr. Justice Ronald Stevenson declared the sections upon which the College of Physicians and Surgeons was relying to be *ultra vires* the Province of New Brunswick. That decision was upheld by the New Brunswick Court of Appeal on January 23**,** 1995. Leave to appeal to the Supreme Court of Canada was subsequently refused.

9. My clinics are equipped with state-of-the-art equipment and the physicians who work at the clinics are trained in the safest and most effective methods of performing therapeutic abortion procedures. I personally have performed approximately 75,000 therapeutic abortions over the last 38 years and a total of approximately 200,000 therapeutic abortions have been performed at my clinics.

10. Experience and the passage of time have demonstrated that the quality of medical service provided

in free-standing clinics such as mine is comparable or superior to that which is available in hospitals.

11. Counselors are employed at each of my clinics to assist and support patients. The staff at the clinics are trained to provide only the best and most sympathetic care to the women who access the services we provide.

12. In July 2003 I commenced an action against the Province of New Brunswick, seeking a declaration that s. 2.01 of the *Medical Services Act* discriminates against women, contrary to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

13. On January 25, 2005, I gave discovery evidence in relation to this action […]

14. I bring this action in my capacity as a public interest litigant, the test for which was stated by the Supreme Court of Canada in *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration),* [1992] 1 S.C.R. 236 as follows:

> ¶ 37 It has been seen that when public interest standing is sought, consideration must be given to three aspects. First, is there a serious issue raised as to the invalidity of legislation? Second, has it been established that the plaintiff is directly affected by the legislation or if not does the plaintiff have a genuine interest in its validity? Third, is there another reasonable and effective way to bring the issue before the court?

15. It is my understanding from published media reports that the federal government alleges that New Brunswick's limits on abortion funding violate the *Canada Health Act.* A Canadian Press news story dated January 26, 2005 […] written by Chris Morris, reported the following in relation to the federal government's allegations that New Brunswick was acting outside the scope of the *Canada Health Act*:

> [Provincial Health Minister Elvy] Robichaud said the province is involved in a lawsuit filed by Dr. Henry Morgentaler, the owner of New Brunswick's only private abortion clinic.

> The clinic, based in Fredericton, performs about 600 abortions per year. Morgentaler takes the position that the costs should be covered by medicare, as they are in most other Canadian provinces.
>
> Robichaud said he suggested to (Health Minister Ujjal) Dosanjh that nothing should be done until the lawsuit is settled and the courts have ruled.
>
> "I suggested we should wait for the outcome before entering into dispute resolution," Robichaud said.

16. In late May of 2006 the Dr. Everett Chalmers Hospital in Fredericton announced it would be suspending its abortion service on July 1, 2006. On May 26, 2006 the Minister of Health advised doctors in two different regions had agreed to perform medically necessary abortions. He did not advise where the abortions would be done after June 30, 2006 [….]

17. It is my position that these actions of announcing an end to already limited publically funded abortion service and then a follow up announcement, shrouded in secrecy, that two doctors somewhere would perform abortions is further evidence of the problems of women accessing publically funded abortions in New Brunswick and further evidence of the governments continuing violation of the Canada Health Act.

18. Thus, it is my belief that the outcome of my action against the New Brunswick government is of import not only to the women whose *Charter* rights are being violated by the discriminatory legislation, but also to the governments of New Brunswick and Canada, in that it may help determine a longstanding dispute. As such, I believe it is clear that there is a "serious issue" as to the validity of the legislation I am seeking to challenge; thus, I meet the first branch of the test for public interest standing as set out in *Canadian Council* of *Churches*.

19. For nearly 40 years, I have engaged in public activism and legal battles to secure and improve women's access to safe, legal abortion, and to ensure that those who provide such services are able to do so without fear of prosecution. I have done so despite risks to my own health

> and safety, and have borne the financial burdens associated with such activism. In this regard, I believe that I have clearly demonstrated "a genuine interest as a citizen in the validity of the legislation" I am challenging, which is the second part of the test for public interest standing set out in *Canadian Council of Churches.*
>
> 20. The third branch of the test for a grant of public interest standing is "whether there is another reasonable and effective way to bring the issue before the court." In. *Morgentaler v. Prince Edward Island (Minister of Health and Social Services)*, [1994] P.E.I.J. No. 16, I was successful in seeking standing to challenge government policy relating to the provision of abortion. In his judgment, Justice Jenkins accepted that there was "no other reasonable and effective manner by which the issue may be brought before the court," stating as follows:
>
> > I share the applicant's view that in all of the circumstances of pregnancy and a decision regarding abortion, it is unreasonable to expect a woman to pursue Government's policy and then carry out a court challenge within the very short time within which this all could be done. The Supreme Court of Canada expressed this viewpoint in *R. v. Morgentaler* [1988] 1 S.C.R. 30. Further, the mere fact of pregnancy, let alone an unwanted pregnancy, inherently and unavoidably gives rise to stress and anguish, and that pregnancy termination is a decision of an intimate and private nature: *R. v. Morgentaler* [1988] 1 S.C.R. 30, at 148 and 172.
>
> 21. Thus, for the reasons stated by Justice Jenkins and in my 1988 case before the Supreme Court of Canada, I submit that there is no better way for this issue to be brought before a court.

[23] Plainly, a number of those statements stray from the factual domain and wander into the arena reserved for legal debate. However, just as plainly, there is no prejudice to the Province on account of that procedural overstep, and nothing further need be said on the subject.

[24] Pruned of objectionable hearsay, Ms. Leibovitch's affidavit contains the following admissible evidence:

> 2. I have been employed by the Morgentaler Clinic in New Brunswick (the "Clinic") since 2005. The Clinic provides therapeutic abortions to women.
>
> 3. The Clinic is a private clinic which primarily serves women from across New Brunswick. We have, however, treated women from several other Canadian provinces, and from the United States. The Clinic is located at 554 Brunswick Street, in Fredericton, New Brunswick. Located at a property immediately adjacent to the Clinic is The Women's Care Center (the "Center"). It is an anti-abortion group and is the contact address for New Brunswick Right to Life Association. (Attached as Exhibit "A" to this my Affidavit is information from their website.)
>
> 4. As part of my duties, I am responsible for assisting patients by booking and confirming their appointments, providing information and referrals, ensuring and maintaining security for the Clinic and its patients and staff. I am also responsible for maintenance.
>
> 5. Since I started working at the Clinic in 2005, I have personally interacted with the vast majority of our patients.
>
> 6. The fees charged for abortion at the Clinic range from $500 to $750. At the direction of Dr. Morgentaler, I have the discretion, in compelling and appropriate circumstances, to decide to forego the fee for provision of abortion services. Since 2005, I have exercised this discretion in a number of cases. In 2005, the Clinic allowed approximately $7,240 in uncollected fees and, in 2006, approximately $9,965.
>
> 7. I have observed protestors outside the Clinic since I began work here in 2005. I have been told by fellow staff, and I verily readily believe it to be true that the protestors have marched outside the Clinic since it opened. On average, there are between five and fifteen protestors who carry signs and hand out written materials to the women as they enter and leave the Clinic. The protesters are present each day the Clinic operates. The protestors will often attempt to engage the women, and those who are attending

the Clinics with them, in discussions about their decision to enter the Clinic and then admonish them upon leaving the Clinic.

8. I have the opportunity to speak with almost all of the patients who contact the Clinic. I speak with them prior to their decision to attend the Clinic, upon their arrival, and while they are in recovery. […] I provide the patients with instructions on what to expect when they enter and leave the Clinic. I also arrange for volunteers who escort the patients through the group of protestors.

[…]

10. I have heard protestors address the patients as they enter and leave the Clinic and make the following comments: “Don’t’ kill your baby”, “It’s a beautiful baby”, “It’s a baby, not a blob”, “Read this before you go in there”, “You don’t have to do this, we can help you”. I have observed that the patients appear visibly upset by the presence of the protestors and the comments.

11. I have heard the protestors address staff members, physicians and escorts as they enter and leave the Clinic and make the following comments: “Does it make you feel good helping women murder their babies?”, “I guess you aren't a grandmother, because no grandmother would help women murder their baby”, “Is this what they teach you at University … how to help women commit murder”. General comments also included: “Welcome to Fredericton's Dauchau”, “Henry Morgentaler, Canada's Hitler”, and “Murder happens here”.

12. The protestors have made comments to me which have included: “You're going to hell” and “How does it feel to work in a death camp?”

13. I have observed the demeanour of the patients upon their entering the Clinic. In many cases, I have observed patients visibly distraught and expressing fear at the prospect of crossing the street from the parking garage to the Clinic. They will appear “shell-shocked” or will be crying. The same emotions are often displayed by those who have accompanied them to the Clinic. They express fear at having to go back outside. I verily believe it to be true, based upon the comments made by our patients, and

those who accompany them, that they are intimidated and upset by the presence and behaviour of the protestors, and that the patients and their family or friends find the atmosphere outside the Clinic to be threatening.

14. I have been provided with materials handed out by the protestors. The leaflets contain such warnings as: they will not be able to conceive again; that abortion is a major cause of breast cancer; that they will never be able to sustain a relationship; that they will suffer from depression; and, that there is a high rate of suicide amongst women who have had abortions. One brochure gives a graphic description of your first seven days in hell. […]

15. I have observed protestors regularly carrying placards which carry slogans and photographs. The most graphic display was a four foot by four foot poster of an aborted fetus. The poster was confiscated by the police and the protestor was taken into custody. Signs are regularly displayed bearing slogans such as: “Abortion stops a beating heart”, “Every fourth baby dies from abortion”, “Thanks Mom for Life”, “Let Babies Live”, “I’m a child, not a choice”, “Abortion Hurts Women”, “In Memory of all the babies aborted here”, “Jesus Loves us Mommy, Jesus has all ready given me my name Mommy” “Henry, pick on someone your own size”. One protestor in particular would hold up a plastic fetus and say to the women as they walked through the protestors, “Mommy, mommy, don't go in there.”

16. Over the years, the Clinic has suffered the following property damage which appears to have been motivated by anti-abortion sentiments. In 2000, the word “Murderer” was spray painted on the sidewalk at the side of the Clinic. That same year, the garden of the Clinic counsellor was vandalized shortly after she started working at the Clinic and the dumpster behind the Clinic was broken into and the garbage bags opened. I later learned that information was being circulated by the protestors that fetuses were disposed of in the garbage. In 2001, a large concrete block was thrown through a back window. And following an anti-choice demonstration by the "Show the Truth” caravan from Ontario last summer, the words “murderers” and “baby killers” were spray painted with black paint on the front of the Clinic, and the Clinic's security camera was ripped off the wall and destroyed. The Fredericton Clinic is

not unique in this respect, the Morgentaler Clinic in Edmonton was the victim of a butyric acid attack on November 12, 1996. Butyric acid is a toxic, foul-smelling chemical that is very difficult to remove.

17. Since I have been Executive Director and Manager of the Clinic, the police have been called over safety concerns on a number of occasions. […]

[…]

19. […] I am required to keep close tabs on all reports of violence where it appears that abortion providers were targeted in order for me to monitor the level of risk to the patients, staff and physicians of the Clinic.

20. Our Clinic has received unwelcome attention from anti-choice organizations, examples follow: Roses are left at the front door on Mother's Day; Christmas cards to staff to let us know they are praying for us; the occasional phone call with messages such as “I hope one day you will pay for what you are doing” or asking how far the Clinic goes and then saying “that's murder” and hang up. […]

21. In response to the escalation of anti-abortion activities over time, the staff and physicians at the Clinic have implemented security protocols in an effort to protect the physicians, staff and patients, including:

(A) From the first day, a system of escort has been in place to assist patients as they enter and leave the Clinic;

(B) Security cameras and an alarm system were installed when the Clinic was built ... they cover all exits and windows;

(C) A monitored alarm, and fire detection system was installed during construction of the building;

(D) Our physician and patients park away from the Clinic; and

(E) We have a panic button linked directly to police. General safety protocols are in place.

> 22. As a staff member at the Morgentaler Clinic, I operate under the presumption that I am personally at risk from anti-abortion activists. I have changed my phone number to a non-published number because my name is often in the press. I carry a cell phone at all times. I avoid coming to the Clinic at night unless it is absolutely necessary. When responding to alarms I always notify police to meet me there before entering the building.
>
> 23. I set out the above facts to illustrate the very difficult environment in which women accessing abortions at the Clinic find themselves, the concerns for personal safety encountered by myself and other staff of the Clinic, as well as our physicians. […]

[25] Ms. Leibovitch's affidavit concludes with a statement of her belief "that the atmosphere described above is one where very few, if any, women would feel comfortable coming forward to challenge the provincial position on funding for abortion services, most especially if to do so, would require that she first disclose an intention to have, or the fact that she has already had, a therapeutic abortion". Whether that belief is well-founded or not, the fact remains that it is her belief.

[26] The purpose of Ms. St-Pierre Ellis' affidavit appears to be twofold: (1) to respond to the statements made at paragraphs 16-17 of Dr. Morgentaler's affidavit; and (2) to rebut the charge that the impugned regulatory provision erects a barrier obstructing, to an impermissible degree, access to abortion in New Brunswick. The key parts of Ms. St-Pierre Ellis' affidavit read as follows:

> 2. In June of 2006, the physicians who had previously been performing abortion procedures in Regional Health Authority 3 provided notice to the Province that they would no longer be providing the service to out of region patients, effective 1 July 2006. In response, the Department of Health identified two physicians who were willing to perform medically necessary therapeutic abortions, one in Regional Health Authority 6 and the other in Regional Health Authority 1B. In each Regional Health Authority, abortions are performed every second Monday. Each

physician sees the patient on referral on the first Monday and performs the procedure the following Monday.

3. During the period from fiscal year 1997/1998 to 2005/06, the Department of Health has made payment under the *Medical Services Payment Act* for therapeutic abortions, as follows:

| Therapeutic Abortions (code 1401) Paid by Medicare by Fiscal Year 1997/98 – 2005/06 | | |
|---|---|---|
| Year | Number of Services | Cost of Services |
| 1997/98 | 620 | $107,866 |
| 1998/99 | 616 | $110,175 |
| 1999/00 | 508 | $92,743 |
| 2000/01 | 571 | $99,254 |
| 2001/02 | 610 | $111,533 |
| 2002/03 | 584 | $114,216 |
| 2003/04 | 314 | $69,440 |
| 2004/05 | 365 | $81,310 |
| 2005/06 | 404 | $89,478 |
| Source: Medicare, DH | | |

4. Each of the therapeutic abortions for which payment is made by the Province of New Brunswick comply with par. a.1 of Schedule 2 to Regulation 84-20, meaning that the procedure is performed by specialist of the field of obstetrics and gynecology in an approved hospital facility and that two medical practitioners have certified in writing that the abortion is medically required.

[27] On August 1, 2008, a judge of the Court of Queen's Bench allowed Dr. Morgentaler's motion. In her view, Rule 23 has no application in the context of a motion for an order granting public interest standing, so that resort to her inherent jurisdiction *qua* superior court judge was permissible. The motion judge found the constitutional challenge was serious, Dr. Morgentaler had a genuine interest in the outcome and there was no other reasonable and effective way to bring the issue before the court. Those findings opened the door to the exercise of her discretion in favour of granting the requested public interest standing.

[28] The Province appeals, with leave, contending in its Notice of Appeal that the motion judge committed reversible error by:

> (a) determining that the matter of [Dr. Morgentaler's] standing was properly decided on a pre-trial Motion and not by the Trial Judge after a trial; not addressing the issue with respect to whether [Dr. Morgentaler] had standing as of right; and determining that [he] satisfied the requirements of the test for public interest standing.
>
> (b) determining that public interest standing is different from "legal capacity" as used in Rule 23.01(2)(b) of the *Rules of Court*;
>
> (c) determining that the question before the Court was whether the Court would exercise its inherent jurisdiction to grant the Respondent standing;
>
> (d) determining Rule 23.01(2)(b) relates to a different circumstance and does not apply to or contemplate public interest standing; and
>
> (e) determining there was a gap in legislation, specifically Rule 23, to allow the Court to exercise its inherent jurisdiction.

## III. Legislative Provisions

[29] The relevant legislative provisions are attached as Appendix "A".

## IV. Analysis and Decision

[30] As should be apparent to the careful reader, the Province's grounds of appeal overlap in many respects, so that a separate consideration of each in the order of their appearance in the Notice of Appeal would, of necessity, entail a repetition of the parties' submissions, an exercise that would serve no useful purpose. In my judgment, the Province's objections to the decision rendered in the court below may be fully dealt with by a preambular overview of the concept of standing followed by a discussion of the

salient parts of Rule 23 and the court's jurisdiction to grant, prior to trial, public interest standing. The analytical exercise will conclude with a review of the factors that typically bear upon the principled exercise of any such jurisdiction and the motion judge's application of those factors in the case at bar.

A. *A word or two about standing*

[31] I begin by underscoring that Dr. Morgentaler does not rely upon s. 24(1) of the *Charter* to seek the declaration of unconstitutionality particularized in his Statement of Claim. Section 24(1) allows anyone whose *Charter* rights or freedoms have been infringed or denied to apply for an appropriate and just remedy. Dr. Morgentaler does not allege his rights or freedoms, as guaranteed by the *Charter*, have been breached. Rather, he contends Regulation 84-20, by way of its arguably narrow abortion-related definition of "entitled" services, infringes or denies the rights of pregnant New Brunswick women under ss. 7 and 15 of the *Charter*. In fact, Dr. Morgentaler's constitutional challenge is grounded in the proposition that Regulation 84-20 is, to the extent detailed above, "inconsistent with the provisions of the *Constitution*" and "to the extent of the inconsistency, of no force or effect": s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. From a purely textual standpoint, s. 52(1)'s scope of application is not restricted to those whose *Charter* rights or freedoms are detrimentally affected by an unconstitutional law.

[32] Moreover, Rule 27.06(11) prescribes that no pleading shall be objected to on the ground that only a declaratory judgment or order is sought. The Rule goes on to assume a jurisdiction-conferring role: it vests in the court the power to "make binding declarations of right whether or not consequential relief is or could be claimed".

[33] However, despite the broad wording of s. 52(1) of the *Constitution Act*, and Rule 27.06(11), objections to the justiciability of an action, such as the one that concerns us here, are commonplace. Almost invariably, those objections focus on the claimant's standing to sue.

[34] The common law recognizes at least two categories of standing in civil proceedings: (1) private standing or standing as of right (it bears noting that a civil defendant entitled to the benefit of the *Big M Drug Mart* exception – so named because it arises from *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, [1985] S.C.J. No. 17 (QL) – has standing as of right: *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157, [1998] S.C.J. No. 78 (QL), para. 47); and (2) public interest standing. A third category, standing to sue under a "residuary" judicial discretion, is mentioned in some of the cases referenced by the motion judge and in *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, at para. 35. However, it is unclear whether the observations on point in the last-mentioned case are general in application or whether they speak only to the special intervention rules applicable in the Supreme Court of Canada. In my view, it is at least questionable whether there is any need for a basket category of standing and debatable whether it is warranted by principle, having regard to the Supreme Court of Canada's exhortation to interpret liberally and generously the principles that inform the three-part test for public interest standing (see *Canadian Council of Churches*, para. 36). That said, Dr. Morgentaler did not ask the court to grant him standing under any "residuary" judicial discretion and I prefer to leave to another day any in-depth discussion of its existence and application in this Province.

[35] A party seeking to vindicate a private right has standing to sue if that party is "sufficiently affected by the matter that gives rise to the cause of action" (see Linda S. Abrams and Kevin P. McGuinness, *Canadian Civil Procedure*, 1st ed. (Markham: Lexis Nexis Inc.: 2008), § 2.33). In those situations, it is said the claimant has standing as of right. Generally speaking, that will be the case if the party in question has a personal stake in the outcome of the controversy or, put another way, if the harm giving rise to the claim is traceable to "some invasion of a legally protected, concrete and particularized interest belonging" to the claimant (§ 2.33). The party so aggrieved has the legal right to challenge in a judicial forum the conduct of another and may do so without being at the mercy of the court's indulgence.

[36] A private claimant in a proceeding that challenges the validity of a legislative provision of general application, whether in a statute or subordinate legislation, on grounds unrelated to *Charter* rights or freedoms, will generally have standing as of right if the impugned provision visits upon that claimant exceptional prejudice in the sense that it applies to him or her differently from the public at large (see Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Vol. 2, (Toronto: Carswell, 2007) at 59.2(b)). A real or artificial person, such as a corporation, whose *Charter* rights or freedoms are infringed or denied by a legislative provision, may apply for an order declaring it unconstitutional pursuant to s. 24(1) (for an insightful discussion on point, see June M. Ross, "Standing in Charter Declaratory Actions", (1995) 33 *Osgoode Hall L. J.* 151, at 191-194). However, anyone who is exceptionally prejudiced by legislation without suffering a personal infringement or denial of *Charter* rights or freedoms will not have standing as of right to prosecute an application for a declaration of unconstitutionality based upon the impugned legislation's breach of another person's *Charter* rights.

[37] In *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, [1989] S.C.J. No. 36 (QL), a corporation applied for a declaration of unconstitutionality in respect of a provincial law on the ground that it infringed s. 7 of the *Charter*. The Court held the corporation could not invoke s. 7 in support of its application because the *Charter* provision in question confers rights and freedoms upon human beings only. A few years later, in *Hy and Zel's Inc. v. Ontario (Attorney General); Paul Madger Furs Ltd. v. Ontario (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 675, [1993] S.C.J. No. 113 (QL), the Court extended the *Irwin Toy* rule to cover individuals as well. In that case, both the corporate and individual applicants were without standing as of right to challenge a Sunday closing law because their complaint rested upon a breach of *Charter* rights inuring to others.

[38] The law on point may be in need of reform, but there is no denying that its current state is correctly summarized by Professor Hogg in *Constitutional Law of Canada*:

> […] unless and until the Supreme Court of Canada repents of its ruling in *Irwin Toy*, the position seems to be as follows. The general rule of *Irwin Toy* is that a Charter right that invalidates a law may be invoked by a person affected by the law only if the person affected by the law is also a person entitled to the benefit of the Charter right. If the person affected by the law is not entitled to the benefit of the Charter right, then the general rule will preclude the person from challenging the law, except where the person is the defendant in criminal or civil proceedings brought to enforce the law. In those cases, the *Big M Drug Mart* [[1985] 1 S.C.R. 295, [1985] S.C.J. No. 17 (QL)] exception to the general rule will apply to prevent the person from suffering criminal or civil sanctions under the unconstitutional law. [p. 59-17]

[39] Absent legislation stipulating otherwise, no private plaintiff has public interest standing as of right and only the court can grant such a status. However, once public interest standing is granted, the beneficiary may fully prosecute a claim for a declaration of legislative invalidity. In a series of cases starting with *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138, [1974] S.C.J. No. 45 (QL), the Supreme Court of Canada recognized a judicial discretion "to grant standing to a private plaintiff who seeks to vindicate a public interest and who is not exceptionally prejudiced" (see *Constitutional Law of Canada*, at 59.2(d), citing, *inter alia*, *Thorson*, *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265, [1975] S.C.J. No. 77 (QL), *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575, [1981] S.C.J. No. 103 (QL), *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607, [1986] S.C.J. No. 73 (QL), *Canadian Council of Churches v. Canada* and *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, [1998] S.C.J. No. 29 (QL)).

[40] At first blush, Dr. Morgentaler would appear to have a strong case for standing as of right with respect to his application for a declaration that Regulation 84-20 is inconsistent with, and in violation of the *Canada Health Act*. After all, it is admitted that he is licensed to practice medicine in New Brunswick and that he owns and operates the only private abortion clinic in this Province. It is also an accepted fact that the Clinic is not an approved hospital facility within the meaning of paragraph (a.1) of Schedule 2

to Regulation 84-20. As mentioned, that provision excludes from the category of "entitled services" any abortion performed outside an approved hospital facility. That said, I am alive to the following passages in the Province's Statement of Defence: (1) non-compliance with the *Canada Health Act* "does not found a cause of action by an individual against a province and is not a justiciable issue"; and (2) "[i]t is within the sole discretion of the federal government as to what steps, if any, it shall take where it determines a default has occurred." Whether there is merit to either of those pleas remains to be determined in another forum, following a contextual interpretation of the pertinent legislation. Had the Province conceded standing and justiciability in respect of the non-constitutional challenge, the case for distinguishing *Irwin Toy* might have more oomph and Dr. Morgentaler might well have elected to pursue public interest standing only as an alternative solution.

[41] Be that as it may, Dr. Morgentaler has abstained from arguing he has standing as of right to seek the declaration of unconstitutionality tethered to the *Charter* infringements alleged in his Amended Statement of Claim. In fact, he has yet to ask the court to find he has standing as of right in respect of his non-constitutional challenge to Regulation 84-20. As indicated, Dr. Morgentaler opted to apply for an order granting him public interest standing in relation to his constitutional challenge. That application presupposes an acknowledgement on his part that the rule in *Irwin Toy* cannot be circumvented.

B. *Jurisdiction to grant public interest standing prior to trial*

[42] Recall that Rule 23.01(2)(b) provides that a defendant may apply at any time before the action is set down for trial to have the action stayed or dismissed on the ground that the plaintiff does not have "legal capacity" to commence or continue the action. Stripped to its core, the Province's jurisdictional submission is that Rule 23.01(2)(b) constitutes a complete code for the pre-trial determination of questions pertaining to a plaintiff's "legal capacity". The field being fully occupied, there would be no gap allowing for the application of the inherent jurisdiction exercised by the motion

judge. Of course, that submission can only carry the day if "legal capacity" encompasses standing, whether of the private or public interest type. In my respectful judgment, the Province's submission that standing is subsumed in "legal capacity" cannot prevail: the concepts are different and do not overlap, at least for the purposes of Rule 23.01(2)(b).

[43] Legal capacity to commence or continue an action refers to the plaintiff's status as a legal person. As the authors of *Canadian Civil Procedure* point out in their discussion regarding the unborn's capacity to sue, "a civil proceeding may be instituted only by a being or entity that enjoys the status of a legal person" (see § 2.41). In the first book on standing to appear in Canada, *Locus Standi – A Commentary on the Law of Standing in Canada* (Toronto: Carswell, 1986) at 3, Thomas A. Cromwell, then a professor of law at Dalhousie University, now a justice of the Supreme Court of Canada, states that "[p]roblems of capacity to sue typically involve questions about whether the party is a 'legal person', that is one having the general right to commence or defend proceedings". The full context within which that observation was made is the following:

> But capacity to sue may be distinguished from standing. Capacity has been defined as "the power to acquire and exercise legal rights." In the context of the capacity of parties to sue and be sued, to say that a party lacks such capacity is to acknowledge the existence of some procedural bar to that party's participation in the proceedings – "one that is personal to a party … and imposed by law for one or more of various reasons of policy usually quite divorced from the substantive merits…." Problems of capacity to sue typically involve questions about whether the party is "a legal person," that is, one having the general right to commence or defend judicial proceedings. The rules relating to whether infants, mental incompetents and unincorporated associations may sue all relate to the question of capacity, that is whether these entities have the power "to exercise legal rights." […].

[44] In *McNichol v. Co-Operators General Insurance Co.* (2006), 298 N.B.R. (2d) 44, [2006] N.B.J. No. 194 (QL), 2006 NBCA 54, the Court observed in passing that

"legal capacity" within the meaning of Rule 23.01(2)(b) is a relatively narrow and technical concept that has to do with the plaintiff's legal right to prosecute the action. That *obiter dicta*, which echoed the views expressed in *Western Delta Lands Inc. v. Zurich*, [1999] O.J. No. 2984 (C.A.)(QL) in relation to Rule 21.01(3)(b) of the *Ontario Rules of Procedure*, was designed to raise a red flag for the benefit of the litigation bar. That said, the Court in *McNichol* did note, at paragraph 24, that the Ontario Rule had, on occasion, been applied to test the plaintiff's standing to commence or continue the action. The time has come to settle the debate in this Province over the meaning of the expression "legal capacity" as found in Rule 23.01(2)(b).

[45] The *Rules of Court* stand to be interpreted in accordance with the principles set out in *MacKenzie v. Davis*, [2008] N.B.J. No. 457 (QL), 2008 NBCA 85:

> It is now well-settled that statutory interpretation "cannot be founded on the wording of the legislation alone" and that "the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament" (see *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, [1998] S.C.J. No. 2 (QL), at para. 21). Rule 1.03(1) prescribes that, unless a contrary intention appears, the *Interpretation Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-13 applies to the *Rules of Court*. Section 17 of the *Interpretation Act* provides as follows:
>
> > 17 Every Act and regulation and every provision thereof shall be deemed remedial, and shall receive such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of the object of the Act, regulation or provision.
>
> Perhaps even more importantly, the word "based" stands to be interpreted in accordance with the dictates of Rule 1.03(2). Thus, it must be "liberally construed to secure the just, least expensive and most expeditious determination of every proceeding on its merits". [para. 33]

[46] The interpretation of the expression “legal capacity” advocated by the Province would not be conducive to the just, least expensive and most expeditious determination of the proceeding on its merits. It would allow the defendant exclusive control over the timing of any standing decision in the pre-trial phase of litigation. That state of affairs would be inconsistent with the object of Rule 23.01(2)(b) and the intention of the drafters.

[47] In my respectful judgment, the following passage taken from *Locus Standi – A Commentary on the Law of Standing in Canada*, captures the essential difference between legal capacity and standing:

> The distinction between capacity and standing is that capacity generally depends on the personal characteristics of the party divorced from the merits of the proceeding or the nature of the question in issue in it. It concerns the right to initiate or defend legal proceedings generally. Standing is concerned with the appropriateness of the court’s dealing with the particular issue presented at the instance of the particular plaintiff. It is more concerned with the nature of the issue and the context in which it is raised than with the personal characteristics such as age, mental capacity, etc., of the plaintiff. A party may have capacity to sue but lack standing. [p. 3]

The expression “legal capacity” is used in Rule 23.01(2)(b) in the sense identified in the foregoing passage.

[48] It follows that Dr. Morgentaler’s “legal capacity” to commence the underlying action is not in issue. His “legal capacity” to continue the action is likewise undisputed. Rule 23.01(2)(b) has no application here.

[49] There is, as well, another problem with the Province’s theory that Rule 23.01(2)(b) constitutes a complete code for the pre-trial determination of any standing-related controversy and it is this: at common law, public interest standing is a status that

only the court can grant. No Rule of Court expressly confers judicial authority for any such grant. To be clear, a claimant seeking public interest standing is not applying for the determination of "any question of law" within the meaning of Rule 23.01(1)(a). Nor is that party seeking relief under Rules 23.01(1)(b) or 27.09 (striking out a pleading or other document). Those Rules, which might, in the right circumstances, offer succor on the question of standing as of right, are not vehicles for the determination of applications for public interest standing. The authority to deal with those is sourced in the superior court's inherent jurisdiction, "[a] reserve or fund of powers, a residual source of powers, which the court may draw upon as necessary whenever it is just or equitable to do so, and in particular to ensure the observance of the due process of law, to prevent improper vexation or oppression, to do justice between the parties and to secure a fair trial between them" (see I.H. Jacob, "The Inherent Jurisdiction of the Court" (1970) 23 Current Legal Problems 23, at 51). That oft-referenced article occasionally refers to the scope of the superior court's inherent jurisdiction in arguably overbroad language. Suffice it to say that, in matters of procedure, the court's inherent jurisdiction is undoubted whenever there is a legislative gap (see *Canada Post Corp. v. Cormier (Euclide) Plumbing and Heating Inc. et al.* (2008), 334 N.B.R. (2d) 211, [2008] N.B.J. No. 300 (QL), 2008 NBCA 54, paras. 41-43).

[50] On any application to the court's inherent jurisdiction, "all the facts can be gone into; and affidavits as to the facts are admissible": *The Supreme Court Practice* 1967, Vol. I, p. 276. That proposition is in synch with Rule 39.01(1), which stipulates that on a motion evidence may be given by affidavit. A complementary provision, Rule 39.01(4), specifies that any such affidavit may feature statements based upon the deponent's information and belief so long as their source is identified. The three affidavits in the record are admissible to the extent that they comply with Rule 39.01(4).

[51] Just as significantly, the court may grant public interest standing in the exercise of its inherent jurisdiction, whenever it is just to do so, whether before the commencement of the proceeding or at any time during its pendency. The law on point has greatly evolved since Laskin C.J.C. opined in *Nova Scotia Board of Censors v.*

*McNeil*, that it was generally preferable to settle any disputed standing-related question at the same time as the substantive issues, namely at trial. A quick survey of the more recent jurisprudence suggests that standing is now viewed as a "threshold issue" (see *Canadian Civil Procedure*, paras. 2.33-2.35) whose early resolution will, more often than not, help "secure the just, least expensive and most expeditious determination of every proceeding on its merits": Rule 1.03(2). In that regard, cost and convenience are factors of significant influence in the timing of the court's intervention (see *Australian Conservation Foundation Inc. v. Commonwealth of Australia* (1980), 28 A.L.R. 257, cited with approval in *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*). Nonetheless, and more generally, the timing of any such intervention is a matter within the discretion of the court (see *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, para. 16, and *Canadian Bar Association v. British Columbia* (2006), 59 B.C.L.R. (4th) 38, [2006] B.C.J. No. 2015 (QL), 2006 BCSC 1342, Brenner, C.J.S.C.).

[52] Ideally, applications for public interest standing should be made before the commencement of proceedings. If the application is denied, time, effort and money otherwise wasted will become available for some other worthy public interest cause or to assist a like-minded claimant with standing as of right. If the application is allowed, the claimant will have original rights including the right to initiate the litigation, "develop its factual underpinning" and control its unfolding within the applicable procedural framework (see Sharon Levine, *Advocating Values: Public Interest Intervention in Charter Litigation* (1993), 2 N.J.C.L. 1-410, p. 37). Moreover, and just as importantly, the parties' energies will be channeled, sooner rather than later, in the direction of an "expeditious determination of [the] proceeding on its merits" (see Rule 1.03(2)).

C. *The test for public interest standing and the motion judge's application of that test in the case at bar*

[53] The parties agreed in the court below that *Borowski's* articulation of the test for public interest standing remains authoritative, subject, of course, to the

clarifications provided in *Canadian Council of Churches*. In *Borowski*, Martland J., writing for the majority, framed the test as follows:

> I interpret these cases as deciding that to establish status as a plaintiff in a suit seeking a declaration that legislation is invalid, if there is a serious issue as to its invalidity, a person need only to show that he is affected by it directly or that he has a genuine interest as a citizen in the validity of the legislation and that there is no other reasonable and effective manner in which the issue may be brought before the Court. [p. 598]

In *Canadian Council of Churches*, Cory J., who delivered the judgment of the Court, concluded no expansion – or contraction for that matter – of the *Borowski* test was advisable. He did, however, emphasize that the decision to grant status is a discretionary one "with all that that designation implies" before urging judges to interpret the principles incorporated in the *Borowski* test "in a liberal and generous manner" (see para. 36).

[54] After noting the parties' consensus on the applicability of the *Borowski* test, the motion judge turned her attention to the first of its three parts, namely whether there is a serious issue to be tried. She began her succinct analysis by recalling Chief Justice Laskin's observation in *Thorson* that "[t]he question of the constitutionality of legislation has in this country always been a justiciable question." The motion judge then summarized the Province's submission on topic, which was then, and remains now that the constitutionality of the impugned legislation is a foregone conclusion in light of *Lexogest Inc. et al. v. Manitoba et al.* She then expressed the view that the standard under the first part of the *Borowski* test was similar to the one governing applications for interlocutory injunctions: "[i]t is not necessary for the Court to determine whether the plaintiff will succeed but only whether the issue is a serious one, as opposed to a frivolous or vexatious one" (para. 17). The motion judge concluded her analysis by finding that the "issues raised in this case are serious and justiciable and the first test is satisfied".

[55] It is Dr. Morgentaler's central submission that *Lexogest Inc. et al. v. Manitoba et al.* is distinguishable and that other judicial pronouncements support his constitutional challenge. Those propositions are elaborated upon at paragraphs 45-54 of his written submission:

> 45. In [*Morgentaler v. New Brunswick (Attorney General)* (1989), 98 N.B.R. (2d) 45, [1989] N.B.J. No. 311 (QL)] […] Justice Stevenson dealt with a government policy that predated the present Regulation in issue. The Court found that Dr. Morgentaler was entitled to succeed and granted a declaration. The court stated that:
>
> > The Respondents concede that the Government has not expressly or formally adopted such a policy. It has not adopted a regulation under the *Act* deeming an abortion not to be an entitled service unless it is determined by two doctors to be medically required and is performed by a specialist in an approved hospital. **Whether such a regulation would be valid cannot be determined unless and until it is made.** [Emphasis in submission]
>
> 46. The Regulation has been made and the basis of the present action is a challenge to the legislation and Regulation. The present legislation and Regulation at issue mirror the government policy that was in issue in the 1989 *Morgentaler* v. *New Brunswick* case. [Dr. Morgentaler] had standing in the prior New Brunswick case. It makes sense that he now have standing to challenge this referenced Regulation.
>
> 47. There is no question that the lack of available abortion services, and the requirement for women to pay for privately obtained medical services is a serious issue. The Superior Court of Quebec decided as recently as August 2006 that the Quebec government acted illegally when it knowingly permitted women to pay for otherwise insured services through the creation of a system that forced them to go outside the existing, state-provided, healthcare regime for an abortion *(Association pour 1'accès a l'avortement c. Procureur Général du Québec,* [2006] J.Q. No. 8654 (C.S.).

48. The [Province] argues […] there is no serious issue of constitutional invalidity on the basis of the decision *Lexogest Inc. et a1 v. Manitoba (Attorney General),* [1993] M.J. No. 54 (Man. C.A.). In that case, Regulations passed pursuant to the Manitoba *Health Services Insurance Act* excluded payment for therapeutic abortions unless performed by a medical practitioner in a hospital. The effect of the Regulation was to deny payment for therapeutic abortions which were performed at the free-standing clinic. The Court of Appeal held that the Regulation should be declared invalid as being not ancillary to and consistent with the provisions of the parent statute.

49. [In its written submission, the Province] quotes at length […] from the dissenting opinion of [Scott, J.A., now C.J.M.]. With regard to standing, the Honourable Justice Scott stated that the clinic had standing to challenge the *vires* of the Regulation as being beyond the enabling legislation since it directly impacts on [its] entitlement to payment for a required medical service. He went on to consider the issue of public interest standing and declined to exercise discretion to grant public interest standing.

50. [A]fter a full trial on the issues, [the Court held] there was no evidence led that the regulation interfered with the life, liberty or security of the person of those women seeking an abortion and, therefore, s. 7 of the *Charter* was not violated. The Regulation in question in *Lexogest* was not the same as the present legislation and Regulations. It essentially dealt with payment. The Honourable Justice Scott stated the following (at pages 17-18):

> In their submission the respondents laid heavy emphasis on the Morgentaler case. In that decision involving criminal proceedings, the Supreme Court struck down sec. 251 of the Criminal Code on the basis that it contravened sec. 7 of the Charter. **Section 251 severely limited access by women to therapeutic abortions by requiring, before such a procedure could legally be performed (and then only in an accredited hospital), that permission first be received from the therapeutic abortion committee of that hospital. The Court concluded that the section clearly interfered with a woman's psychological and bodily integrity.** This

> infringement did not comport with the principles of fundamental justice due to the procedures and restrictions stipulated in sec. 251 for access to therapeutic abortions. The majority, and Wilson J. on her own behalf, were clearly persuaded that it was the law itself which in many ways prevented access to therapeutic abortion facilities. Dickson C.J.C., writing for himself and Lamer J. (as he then was), **noted that the physical interference caused by the delays created by sec. 251 involved "a clear risk of damage to the physical well-being of a woman ... [I]t is clear from the evidence that sec. 251 harms the psychological integrity of women seeking abortions**." (at p. 60) ...
>
> There is no similar evidence in this case. While it was established that therapeutic abortions may sometimes be performed more quickly and conveniently at the Clinic, there is no evidence in these proceedings that women have had their health or safety jeopardized by delay in obtaining a hospital abortion. **In addition, of course, the Manitoba regulation does not prohibit or restrict abortions or mandate where they are performed. It merely deals with payment. All women are entitled to a funded abortion if performed in a hospital.** The facts before us are therefore significantly different from those considered by the Supreme Court in the criminal proceedings taken against Dr. Morgentaler and others. [Emphasis in submission]

51. Further, the Honourable Justice Scott stated the following at page 19:

> Section 26 of Schedule H, Manitoba Regulation 506/88 R, does not on the evidence before us interfere with the life, liberty and security of the person of those women seeking an abortion. It does not unduly interfere with their health and safety. **It does not impose an "administrative structure made up of unnecessary rules which result in an additional risk to the health of pregnant women", per Beetz J. in *Morgentaler*** (at p. 110). [Emphasis in submission]

52. *Lexogest* is clearly distinguishable. The legislation differs significantly. The Regulation at issue in New Brunswick does indeed set up an administrative structure of rules that must be met before an abortion is an insurable service. The first rule is [. . . to certify in writing that the abortion] is medically required. The second rule is that the procedure must be performed by a certified specialist in obstetrics/gynecology. The third rule is that the procedure is performed in an approved hospital facility. [Dr. Morgentaler] submits the effect of these administrative rules result in an effective barrier to access to abortion in New Brunswick. Further, combined with the shortage of family physicians in the Province of New Brunswick, the result is delay in services for women seeking abortions, which does pose a risk to the health of pregnant women.

53. The [Province] argues […] there is no evidence that access to medically necessary therapeutic abortions is lacking in New Brunswick. With all due respect, this is a matter for trial on the merits. The [Province] further argues […] that had the Honourable Justice Stevenson had the benefit of Dr. Morgentaler's discovery evidence in this matter, he would have denied standing in the 1989 case, *Morgentaler v. New Brunswick, supra.* We strongly disagree.

54. First, the definition of medically necessary was not argued before the Honourable Justice Stevenson. Secondly, there is no definition of medically necessary in either the Regulations or the [*Medical Services Payment Act*] […]. There is no authority to suggest the [Province's] definition of medically necessary will be the correct one. In fact, there is authority from the Nova Scotia Court of Appeal that "medically necessary" should not be so narrowly defined. In *Cameron v. Nova Scotia (Attorney General),* [1999] 177 D.L.R. (4th) 611 (N.S.C.A.) (leave to appeal dismissed, [1999], S.C.C.A. No. 531), a couple sought reimbursement of hospital and medical expenses related to *in vitro* fertilization. The *Health Services and Insurance Act* and Regulations provided that only hospital and medical services that were medically required were insured. With regard to the definition for medically necessary, the trial judge accepted that medically necessary must mean a medical means to a medical end. The Court of Appeal disagreed:

> 85 The trial judge accepted this reasoning. I am not impressed with it. The goal of medical treatment is surely not so narrowly defined. **There is nothing in the wording of the Act or the Regulations to support this narrow approach. While there is some superficial logic to it, it does not address the issue of substance. Surely the end of all medical treatment is to improve the quality of life.** The immediate end may or may not be medical, but this seems to me to be a distinction without much, if any, difference. Having in mind their ultimate objective, I am satisfied that IVF and ICSI are procedures that could qualify as being medically necessary. [Emphasis in submission]

[56] I agree with the motion judge that Dr. Morgentaler has satisfied the first part of the *Borowski* test: the underlying action poses a serious challenge to the constitutionality of the regulatory provision at issue. My reasons for so concluding are as follows: (1) while *Lexogest Inc. et al. v. Manitoba et al.* features, as one would expect, a thorough analysis of the issues raised in that case, it does not authoritatively settle the controversy in the courts of this Province; (2) the legislation at issue in that case and the one under study here are not identical; and (3) Dr. Morgentaler's challenge does not duplicate the one mounted in *Lexogest Inc. et al. v. Manitoba et al*.

[57] After recording her agreement with the Province's concession that Dr. Morgentaler satisfied the second part of the *Borowski* test, the motion judge focused on its third and final element: Is there another reasonable and effective way to bring the issue before the court? The motion judge began her analysis by adverting to the Province's contention that a suit by one of the many women who availed themselves of the Clinic's services since its opening more than a decade ago would be a more effective way of litigating the issue of Regulation 84-20's constitutionality. She then referred to Dr. Morgentaler's counter submission that, while those women were more directly affected by the Regulation's impugned provision, they are unlikely to undertake the challenge that his action brings forward.

[58] The motion judge then made the following critical observations before concluding "[t]here are many valid reasons why women who have had abortions at the Fredericton Clinic would not or could not bring this challenge" and holding "Dr. Morgentaler is therefore a suitable alternative person to do so" (para. 26):

> In the case of *Morgentaler v. P.E.I.* [1994] P.E.I.J. No. 16, Justice Jenkins said the following at paragraph 17:
>
> > I share the applicant's view that in all of the circumstances of pregnancy and a decision regarding abortion, it is unreasonable to expect a woman to pursue Government's policy and then carry out a court challenge within the very short time within which this all could be done. The Supreme Court of Canada expressed this viewpoint in R. v. Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30. Further, the mere fact of pregnancy, let alone an unwanted pregnancy, inherently and unavoidably gives rise to stress and anguish, and that pregnancy termination is a decision of an intimate and private nature: R. v. Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30, at 148 and 172.
>
> Justice Jenkins held that because of the "intimate and private nature" of the decision to terminate a pregnancy, it was not reasonable to expect a woman to assume the role of plaintiff in a court challenge to legislation.
>
> In *Vriend v. Alberta* [1998] 1 S.C.R. 493, the Plaintiff Vriend and three special interest groups challenged Alberta's human rights legislation which excluded sexual orientation as a prohibited ground of discrimination. Vriend had been fired from his employment because he was a homosexual. The Province sought to limit his challenge to those sections dealing with employment practices. In rejecting the Province's submission Justice Cory said the following:
>
> > With respect to the third criterion, the only other way the issue could be brought before the Court with respect to the other sections would be to wait until someone is discriminated against on the ground of sexual orientation in housing, goods and services, etc. and challenge the validity of the provision in each appropriate case. This would not

> only be wasteful of judicial resources, but also unfair in that it would impose burdens of delay, cost and personal vulnerability to discrimination for the individuals involved in those eventual cases. This cannot be a satisfactory result.

In another case involving persons referred to as "vulnerable individuals," Justice MacPherson of the Ontario Court said:

> In my view the applicant also meets the third branch of the *Canadian Council of Churches* test. It is true that individual street vendors could challenge section 3(1) of the Act. However I do not regard that as a more reasonable or effective way of bringing the issue before the courts. Most street vendors are people of very limited means. Although they might have a legal interest in challenging the law, it is in my opinion unrealistic to expect them to do so in light of their financial situation.
>
> […]
>
> In the case of *N.S. v. McNeil* [1976] 2 S.C.R. 265, the Plaintiff was granted standing, notwithstanding that there were other classes of persons more specifically affected because there was "no other way, practically speaking, to subject the challenged Act to judicial review ..."

[59] In my respectful judgment, the record offers ample support for the motion judge's negative answer to the final question posed by the governing test for public interest standing. In addition to the events described in Ms. Liebowitch's uncontradicted affidavit, the record reveals another pertinent fact: none of the many women who availed themselves of the Clinic's services in the past 15 years or so has initiated proceedings for the declaratory relief Dr. Morgentaler solicits. That state of affairs is likely the product of two factors operating in tandem: the prohibitive cost of litigation and the "intimate and private nature" of the decision to terminate a pregnancy: *Morgentaler v. Prince Edward Island (Minister of Health and Social Services)* (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 181 (P.E.I.S.C. (T.D.), [1994] P.E.I.J. No. 16 (QL)), Jenkins J. (now Chief Justice of Prince Edward Island). It is, as well, worth bearing in mind that Dr. Morgentaler brings to the judicial arena financial resources and legal expertise which will undoubtedly help level

the playing field and greatly improve the chances that any judicial decision on the merits is fully informed both factually and legally. At the end of the day, I can find no fault whatsoever with the motion judge's conclusion that Dr. Morgentaler's action is the only reasonable and effective way to litigate the constitutionality of the regulatory provision at issue.

## IV. Conclusion and Disposition

[60] The decision to grant public interest standing to Dr. Morgentaler was made in the exercise of a judicial discretion. As such, intervention by this Court is not appropriate unless the decision is founded upon an error of law, an error in the application of the governing principles or a palpable and overriding error in the assessment of the evidence, or the decision is unreasonable, in the sense that nothing in the record can justify it (see *Morgentaler v. New Brunswick et al.* (2005), 279 N.B.R. (2d) 115, [2005] N.B.J. No 19 (QL), 2005 NBCA 3, (leave to Appeal refused [2005] S.C.C.A. No. 155), *Doiron v. Haché* (2005) 290 N.B.R. (2d) 79, [2005] N.B.J. No. 347 (QL), 2005 NBCA 75, para. 57 and *Beaverbrook Canadian Foundation v. Beaverbrook Art Gallery* (2006), 302 N.B.R. (2d) 161, [2006] N.B.J. No. 307 (QL), 2006 NBCA 75). Having carefully considered the record, I am unable to discern even a hint of reversible error in the motion judge's reasons for granting public interest standing to Dr. Morgentaler. The case for appellate intervention has not been made.

[61] I am, therefore, duty bound to dismiss the appeal. I would conclude the proceedings in this Court by ordering the Province to pay costs, which I would fix at $5,000.

Version française de la décision de la Cour rendue par

DRAPEAU, J.C.N.-B.

## I. Introduction

[1] Le « régime des services médicaux » établi conformément à la *Loi sur le paiement des services médicaux*, LR.N.-B. 1973, ch. M-7, prescrit que les services « assurés » sont payés par la Province. Sous le régime du *Règlement général - Loi sur le paiement des services médicaux*, Règl. du N.-B. 84-20, un avortement n'est pas réputé être un service « assuré » sauf : (1) lorsque deux médecins certifient par écrit qu'il est « médicalement nécessaire »; et (2) lorsqu'il est effectué par un spécialiste en obstétrique et en gynécologie à un établissement hospitalier approuvé. Dans l'action sous-jacente, qui a été engagée il y a presque six ans, savoir plus précisément le 16 juillet 2003, le docteur Henry Morgentaler conteste la constitutionnalité de cette disposition; il prétend qu'elle fait obstacle aux services d'avortement, ce qui viole les droits qui sont garantis aux femmes par l'art. 7 (« Vie, liberté et sécurité ») et l'art. 15 (« Égalité ») de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Outre un jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité, le D^r^ Morgentaler sollicite un jugement déclaratoire portant que la disposition en question est incompatible avec la *Loi canadienne sur la santé*, L.R.C. 1985, ch. C-6, et viole cette *Loi*.

[2] Il est relativement notoire que le D^r^ Morgentaler est propriétaire et exploitant d'une clinique d'avortement à Fredericton, au Nouveau-Brunswick. La clinique n'est pas un établissement hospitalier approuvé ou agréé au sens du Règlement 84-20 et l'accès aux services d'avortement de cette clinique n'est pas assujetti aux autres conditions d'admissibilité énoncées dans le Règlement. Par conséquent, les avortements effectués à la clinique ne sont pas considérés comme des services « assurés » et puisque celui qui dispense le service ne peut s'adresser à la Province pour être payé conformément au « régime des services médicaux », c'est la patiente qui doit acquitter la facture. Quoi qu'il en soit, la Province reconnaît volontiers que dans la demande

sous-jacente, on invoque des considérations non pécuniaires aux fins de presser la Cour de rendre le jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité susmentionné.

[3] D'ailleurs, comme nous le verrons, le D^r^ Morgentaler cherche à faire écarter un précédent qui est, peut-on penser, défavorable à sa prétention, *Lexogest Inc. et al. c. Manitoba (Attorney General) et al.* (1993), 85 Man.R. (2d) 8 (C.A.), [1993] M.J. No. 54 (QL), en soulignant que sa contestation constitutionnelle, contrairement à celle dont il était question dans cette affaire, ne dépend pas de la question de savoir si la contestation du refus du législateur d'assurer le financement public d'avortements pratiqués à une clinique appartenant à un particulier sera accueillie. Par conséquent, comme on peut le lire dans son mémoire, la contestation du D^r^ Morgentaler est fondée, en partie du moins, sur l'hypothèse voulant que la disposition réglementaire qui est en litige en l'espèce établisse une « structure administrative comportant des règles » dont le sous-produit constitue un [TRADUCTION] « obstacle » constitutionnellement inadmissible [TRADUCTION] « à l'accès à l'avortement au Nouveau-Brunswick ».

[4] Après que sa qualité pour obtenir le jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité demandé eut été mise en doute dans l'exposé de la défense modifié, le D^r^ Morgentaler a demandé une ordonnance lui reconnaissant la qualité pour agir dans l'intérêt public et a prétendu que les conditions préalables énoncées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236, [1992] A.C.S. n^o^ 5 (QL) avaient été remplies et que puisque les *Règles de procédure* étaient muettes sur cette question, la Cour pouvait recourir à sa compétence inhérente pour combler cette lacune dans la procédure. Une juge de la Cour du Banc de la Reine a souscrit à ces prétentions et a accueilli la motion (voir (2008), 336 R.N.-B. (2^e^) 121, [2008] A.N.-B. n^o^ 279 (QL), 2008 NBBR 258).

[5] La première prétention de la Province en appel est que la règle 23 (« Décisions préjudicielles ») écarte, du fait de la règle 23.01(2)b), la compétence inhérente que D^r^ Morgentaler a invoquée et que la juge saisie de la motion a exercée. La règle en question dispose que <u>le défendeur</u> peut, avant le procès, demander le rejet de

l'action au motif que le demandeur n'a pas la « capacité juridique » voulue. La Province fait valoir que : (1) il ne peut y avoir de décision préjudicielle sur une question visée par la règle 23 sauf si cela est permis en vertu de cette règle; (2) la « capacité juridique » comprend la qualité pour agir, que ce soit à titre personnel ou dans l'intérêt public; et (3) puisque seul le défendeur peut recourir à la règle 23.01(2)b), le demandeur ne peut, avant le procès, solliciter aucune mesure réparatoire ressortissant à la qualité pour agir.

[6] La Province avance également l'argument subsidiaire suivant : c'est à la suite d'une application erronée des principes directeurs que la qualité pour agir dans l'intérêt public a été reconnue en l'espèce. Il en serait ainsi parce que la juge saisie de la motion n'a pas tenu compte du fait que, premièrement, il n'y a pratiquement aucune chance pour que la demande en vue d'obtenir une mesure déclaratoire fondée sur la *Charte* soit accueillie puisqu'une demande semblable a déjà été rejetée dans l'arrêt *Lexogest Inc. et al. c. Manitoba (Attorney General) et al*; et, deuxièmement, on peut s'attendre à ce qu'une personne ayant qualité pour agir à titre personnel, comme une femme qui a eu recours aux services offerts à la clinique, poursuive la contestation constitutionnelle qu'a entreprise le D$^{r}$ Morgentaler.

[7] En toute déférence, ni la prétention principale ni la prétention subsidiaire de la Province ne sont valables, tant s'en faut. Dans le texte qui suit, j'expose de point en point le litige qui oppose les parties et j'explique dans le détail les motifs qui sous-tendent ma conclusion selon laquelle l'appel est dénué de tout fondement. Ces motifs sont, en résumé, les suivants : (1) la compétence voulue pour instruire et trancher les demandes en reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public est inhérente à la charge de juge d'une cour supérieure; (2) le moment où il y a lieu d'exercer cette compétence est une question qui relève du pouvoir discrétionnaire de la Cour; et (3) la juge saisie de la motion n'a pas commis une erreur de droit ou de fait justifiant l'infirmation de sa décision en faisant droit à la motion du D$^{r}$ Morgentaler en reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public.

[8] Il s'ensuit que je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

II. Le contexte

[9] Comme nous le verrons, les questions suivantes pèsent dans la balance au moment d'examiner une demande en reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public dans le cadre d'une instance comme celle qui nous occupe ici : premièrement, à quel point la contestation de la validité de la loi par le demandeur est-elle sérieuse? Deuxièmement, le demandeur est-il « directement touché » par la loi, si non, a-t-il un « intérêt véritable » quant à sa validité? Troisièmement, y a-t-il une autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour?

[10] La réponse à la première question dépend de l'évaluation que fait la Cour des chances du demandeur d'avoir gain de cause. Cet exercice exige nécessairement un examen des plaidoiries afin de déterminer si, en droit, la contestation par le demandeur est fondée sur une hypothèse qui pourrait être retenue au procès.

[11] La Province reconnaît qu'il faut répondre par l'affirmative à la deuxième question. Bien que dans l'avis de motion modifié on avance que cette condition préalable est remplie du fait de l'« intérêt véritable » du D$^{r}$ Morgentaler quant à la validité constitutionnelle de la disposition contestée, ce dernier est également « directement touché » par celle-ci.

[12] La réponse à la troisième et dernière question est une décision discrétionnaire qui dépend des aveux, de la connaissance d'office, des preuves admissibles et du bon sens. Cette proposition évidente nécessite que l'on examine attentivement les plaidoiries et la preuve produite en première instance, en tenant compte du degré élevé de retenue, ou de déférence, dont il faut faire preuve envers la conclusion de la juge saisie de la motion à cet égard (voir les arrêts *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, [2002] A.C.S. n$^{o}$ 31 (QL), 2002 CSC 33, au par. 10, et *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, [2005] A.C.S. n$^{o}$ 24 (QL), 2005 CSC 25, aux par. 55 et 56).

[13] En vertu de nos règles de plaidoirie, chaque allégation de fait formulée dans l'exposé de la demande est réputée être admise sauf si le défendeur nie cette allégation dans l'exposé de la défense ou y fait valoir qu'il ne sait rien au sujet de cette allégation. Les allégations de fait suivantes – toutes formulées d'une manière qui, à de rares exceptions près, reprend fidèlement le libellé de l'exposé de la demande modifié – sont soit explicitement soit implicitement admises par la Province :

> [TRADUCTION]
>
> (1) le D$^{r}$ Morgentaler est médecin et il est autorisé à exercer la médecine au Nouveau-Brunswick où il possède et exploite une clinique d'avortement;
>
> (2) il est également autorisé à exercer la médecine dans les provinces de l'Alberta, du Manitoba, de Terre-Neuve-et-Labrador, de la Nouvelle-Écosse et de Québec, où il possède et exploite également des cliniques d'avortement;
>
> (3) le D$^{r}$ Morgentaler a été engagé dans des litiges au Manitoba et à l'Île-du-Prince-Édouard en ce qui concernait des dispositions énoncées dans des lois provinciales relatives au paiement des services de santé où l'on refuse de payer les avortements pratiqués dans des cliniques privées;
>
> (4) il s'est défendu contre des accusations criminelles dont il a fait l'objet pour avoir pratiqué des avortements au Québec et en Ontario et a eu gain de cause;
>
> (5) en 1988, la Cour suprême du Canada a invalidé, parce qu'inconstitutionnel, l'art. 251 du *Code criminel*, disposition en vertu de laquelle il avait été accusé;

(6) le 5 mai 1989, la Province a modifié l'Annexe 2 du Règlement 84-20 afin d'y ajouter l'alinéa *a.1*), lequel dispose que l'avortement n'est pas réputé être un service « assuré » sauf :

(a) lorsqu'effectué par un spécialiste en obstétrique et en gynécologie à un établissement hospitalier approuvé par la juridiction où est situé l'établissement hospitalier;

(b) et que deux médecins ont certifié par écrit que l'avortement était médicalement nécessaire;

(7) des accusations ont subséquemment été portées contre le D[r] Morgentaler en Nouvelle-Écosse en vertu de dispositions provinciales qui interdisaient de pratiquer des avortements ailleurs que dans un hôpital. Sa défense a été accueillie et en 1993, la Cour suprême du Canada a déclaré inconstitutionnelles les dispositions législatives en question;

(8) en 1992, le D[r] Morgentaler a acheté un bien-fonds à Fredericton dans le but d'y établir une clinique d'avortement thérapeutique dans les deux années suivantes;

(9) le 3 février 1994, la Province a modifié la *Loi sur le paiement des services médicaux* afin de prescrire, au moyen de l'al. 2.01*b*), que le régime de services médicaux « ne prend pas en charge […] la fourniture des services assurés dans un établissement hospitalier privé dans la province ». Je souligne en passant que la demande de mesure réparatoire énoncée dans l'exposé de la demande modifié ne comprend pas de demande en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que l'al. 2.01*b*) est inconstitutionnel. Elle ne comprend pas non plus de demande en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que l'al. 2.01*b*) est incompatible avec la *Loi canadienne sur la santé* et viole cette *Loi*;

(10) la clinique a été ouverte en juin 1994 mais, dans les semaines qui ont suivi, plus précisément le 5 juillet 1994, le Conseil du Collège des médecins et chirurgiens du Nouveau-Brunswick a pris une ordonnance interdisant au D[r] Morgentaler de pratiquer des avortements ailleurs que dans un hôpital;

(11) le 14 septembre 1994, un juge de la Cour du Banc de la Reine a déclaré inconstitutionnelles les dispositions législatives sur lesquelles le Collège s'était appuyé, savoir l'al. 56*b.1*) et l'art. 56.2 de la *Loi médicale*, L.N.-B. 1981, ch. 87;

(12) la clinique a été rouverte peu après;

(13) en 1998, la clinique a emménagé dans ses locaux actuels, toujours à Fredericton;

(14) la Province ne fournit aucun financement, dans le cadre du régime de services médicaux (l'« Assurance-maladie »), à la clinique ou aux médecins qui y dispensent des services d'avortement;

(15) les modifications susmentionnées qui ont été apportées en 1988 et 1994 ont eu pour effet d'empêcher le paiement par l'Assurance-maladie des services d'avortement dispensés à la clinique;

(16) la clinique est le seul lieu au Nouveau-Brunswick où des avortements sont offerts en dehors d'un hôpital;

(17) la clinique facture des honoraires au titre des avortements thérapeutiques puisque ni l'intervention ni les honoraires du médecin ne sont couverts par l'Assurance-maladie.

[14] Dans l'exposé de sa demande modifié, le D^r^ Morgentaler fait également valoir qu'en vertu de la *Loi canadienne sur la santé* et de la *Loi sur le paiement des services médicaux*, tous les « résidents » du Nouveau-Brunswick sont des personnes assurées qui ont droit à des prestations dans le cadre d'un régime d'assurance-maladie et d'assurance-hospitalisation universel connu sous le nom de régime de services médicaux (« l'Assurance-maladie »). Bien que la Province reconnaisse, dans ses plaidoiries, l'exactitude de cette proposition, elle nie les allégations suivantes ou prétend ne rien savoir au sujet des allégations suivantes, dont le libellé reprend plus souvent qu'autrement, celui de l'exposé de la demande :

> [TRADUCTION]
>
> (1) des services d'avortement accessibles font partie intégrante des soins de santé génésique dont les femmes ont besoin;
>
> (2) depuis 1968, le D^r^ Morgentaler a défendu le droit des femmes à des avortements pratiqués ailleurs que dans des hôpitaux et financés par l'État;
>
> (3) le D^r^ Morgentaler, ainsi que des médecins travaillant pour lui, ont pratiqué des avortements à la clinique au moment de sa réouverture en septembre 1994;
>
> (4) les régimes d'assurance-maladie en vigueur en Ontario, au Québec, en Alberta et à Terre-Neuve-et-Labrador couvrent la totalité des services dispensés dans les cliniques d'avortement;
>
> (5) l'ordonnance du Conseil du Collège des médecins et chirurgiens du Nouveau-Brunswick, qui interdit au D^r^ Morgentaler de pratiquer des avortements ailleurs que dans un hôpital, a été rendue parce que le ministre de la Santé et des Services communautaires a insisté;

(6) la Province demeure opposée, sur les plans philosophique et politique, à la prestation sans obstacle de soins génésiques consistant en des avortements aux femmes de la province et elle est tout particulièrement opposée à la prestation de services d'avortement dans une clinique;

(7) les modifications législatives apportées en 1989 et en 1994 ont eu pour effet d'imposer des obstacles réglementaires et institutionnels importants aux femmes qui veulent obtenir des services de santé génésique payés par l'Assurance-maladie au Nouveau-Brunswick;

(8) aux termes de la *Loi sur le paiement des services médicaux* et des règlements pris en vertu de cette *Loi*, l'avortement n'est réputé être « médicalement nécessaire » que lorsque certaines conditions préalables strictes sont remplies;

(9) contrairement à celle de presque tous les autres services médicaux et de santé, l'assurabilité des services d'avortement dépend non seulement de l'opinion du médecin de premier recours d'une femme mais de l'opinion additionnelle d'un deuxième médecin confirmant la première, opinions qui doivent toutes deux être formulées par écrit;

(10) il est possible que les femmes qui veulent obtenir un avortement thérapeutique au Nouveau-Brunswick ne soient pas en mesure de trouver deux médecins susceptibles de les diriger vers un hôpital en vue d'un avortement;

(11) seuls deux hôpitaux provinciaux, situés respectivement à Fredericton et à Saint John, offrent des services d'avortement et il peut s'ensuivre que des femmes ne puissent pas se faire admettre dans un hôpital qui dispense des services d'avortement thérapeutique;

(12) il n’existe aucune raison d’ordre médical pour laquelle les avortements pratiqués dans un hôpital doivent être préférés aux avortements pratiqués dans une clinique ou pour laquelle les services d’avortement doivent nécessairement être dispensés par des spécialistes en obstétrique et en gynécologie;

(13) les femmes qui subissent un avortement thérapeutique à la clinique doivent supporter la totalité du coût de l’intervention.

[15] De plus, le D^r^ Morgentaler formule la thèse suivante à l’appui de sa demande de mesure déclaratoire :

[TRADUCTION]

(1) en faisant des choix législatifs, par l’intermédiaire de la *Loi sur le paiement des services médicaux* et plus précisément du Règlement 84-20, en ce qui concerne les femmes enceintes qui sont admissibles à un avortement financé par l’Assurance-maladie ainsi que les personnes habilitées à pratiquer un avortement financé par l’État et l’endroit où elles peuvent le pratiquer sur les femmes admissibles, la Province ne s’est pas acquittée de l’obligation qui lui est faite de s’assurer que tout traitement différent ou toute mesure non inclusive dans la Province touchant les besoins essentiels de ses citoyens en matière de santé ne porte pas atteinte aux droits et libertés fondamentaux garantis par la *Charte*, tout particulièrement ceux garantis par les art. 7 et 15;

(2) le régime de protection et d’avantages consistant en des services médicaux financés par l’Assurance-maladie qui a été créé par la *Loi sur le paiement des services médicaux* et le Règlement 84-20 a un caractère non inclusif et il établit, à l’égard des femmes du Nouveau-Brunswick, une discrimination fondée sur un motif de distinction illicite, savoir le sexe, contrairement à l’art. 15 de la *Charte*. Le Règlement 84-20 nie le droit

qu’ont les femmes enceintes du Nouveau-Brunswick à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination fondée sur le sexe. Le refus de la Province de financer aussi, dans le cadre de l’Assurance-maladie, les avortements pratiqués à la clinique créée une distinction qui dénie la même protection et le même bénéfice de la loi aux femmes enceintes qui cherchent à exercer leur autonomie en matière de procréation;

(3) l’adoption par la Province d’un régime d’Assurance-maladie ayant un caractère non inclusif porte atteinte au droit des femmes enceintes du Nouveau-Brunswick à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui est garanti par l’art. 7 de la *Charte* en créant des conditions qui compromettent essentiellement l’exercice de leur droit constitutionnel d’être libres de toute restriction à leur autonomie en matière de procréation. Leur exclusion du régime équivaut à une entrave manifeste à l’exercice réel du droit à l’autonomie personnelle et à l’intégrité corporelle qui leur est garanti. La violation des droits des femmes du Nouveau-Brunswick n’est pas conforme aux principes de justice fondamentale et il ne s’agit pas d’une limite qui est raisonnable et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique;

(5) le Règlement 84-20 est incompatible avec les dispositions de la *Loi canadienne sur la santé* et la *Loi sur le paiement des services médicaux*, laquelle établit l’Assurance-maladie à l’intention des résidents du Nouveau-Brunswick, selon la définition qu’en donne la loi.

[16] Les allégations formulées au paragraphe qui précède – dont le libellé reprend, sans fioriture, celui de l’exposé de la demande modifié – sont niées dans l’exposé de la défense modifié. À la suite de cette dénégation, la Province expose les différents arguments sur lesquels elle entend s’appuyer pour faire rejeter l’action :

[TRADUCTION]

(1) la *Loi sur le paiement des services médicaux* attribue au ministre de la Santé et du Mieux-être la responsabilité de créer un régime de services médicaux (l'Assurance-maladie) et selon la définition que donne la *Loi* de l'expression « services assurés », celle-ci désigne tous les services médicalement nécessaires qui sont fournis par les médecins, sauf ceux qui sont expressément exclus en vertu de la *Loi sur les paiement des services médicaux* ou des règlements;

(2) l'Annexe 2 du Règlement 84-20 énonce un certain nombre d'actes médicaux qui ne sont pas réputés être des « services assurés ». L'avortement est un service « assuré » dans certaines circonstances. Les critères applicables mettent en équilibre les considérations concurrentes que sont l'accès et la gestion des ressources et s'appliquent uniformément à tous les bénéficiaires dans la Province;

(3) la *Loi sur les services hospitaliers*, L.R.N.-B. 1973, ch. H-9, confère au ministre de la Santé et du Mieux-être le pouvoir d'agréer des établissements hospitaliers dans la province et confère au lieutenant-gouverneur en conseil le pouvoir d'assurer le maintien de normes satisfaisantes dans les établissements agréés;

(4) la clinique du D$^{r}$ Morgentaler n'est pas un « hôpital » agréé par le Ministre;

(5) les médecins qui exercent au Nouveau-Brunswick doivent satisfaire à certains critères pour obtenir un numéro de médecin afin que les services assurés rendus à des bénéficiaires leurs soient payés;

(6) le financement par l'État des services rendus dans des cliniques privées grèverait le régime public parce que les personnes qui dispensent les soins

de santé ne seraient pas disponibles aux fins de fournir des services dans le cadre de deux régimes en même temps;

(7) les femmes ont accès à un avortement thérapeutique « médicalement nécessaire » payé par l'Assurance-maladie dans plusieurs hôpitaux dans toute la Province;

(8) l'avortement « médicalement nécessaire » n'est qu'un aspect des services de santé génésique globaux qui sont rendus dans le cadre de l'Assurance-maladie;

(9) l'accès raisonnable à un avortement thérapeutique en cas de nécessité médicale ne serait pas amélioré d'une façon significative si les avortements pratiqués à la clinique étaient payés par l'Assurance-maladie;

(10) la prétendue non-conformité avec la *Loi canadienne sur la santé* ne peut fonder la cause d'action d'un particulier contre une province et ne constitue pas une question qui relève des tribunaux. La question de savoir quelles mesures doivent être prises, le cas échéant, lorsqu'il détermine qu'un manquement a été commis relève de la discrétion exclusive du gouvernement fédéral. Subsidiairement, la Province a le pouvoir légal de déterminer quels services seront considérés être des services assurés et ce pouvoir n'est restreint par aucune disposition de la *Loi canadienne sur la santé*;

(11) le D$^{r}$ Morgentaler n'a pas, en droit, qualité pour se prévaloir des avantages découlant de l'une ou l'autre des violations de la *Charte* qu'il allègue;

(12) la *Charte* n'impose au gouvernement aucune obligation constitutionnelle positive de payer, dans le cadre de l'Assurance-maladie, les services d'avortement rendus à la clinique;

(13) à supposer que le gouvernement ait l'obligation constitutionnelle ou légale de payer, dans le cadre de l'Assurance-maladie, les services d'avortement quels qu'ils soient, la prise en charge par l'Assurance-maladie des avortements thérapeutiques pratiqués au Nouveau-Brunswick satisfait à toutes les exigences d'ordre législatif et constitutionnel;

(14) les dispositions contestées n'apportent aucune restriction ni aucune entrave manifeste à la liberté physique, n'infligent aucun traumatisme physique ou psychologique grave, ne portent atteinte à aucun droit à l'autonomie personnelle et à l'intégrité corporelle qui est garanti et ne portent pas non plus atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui est protégé par l'art. 7 de la *Charte*;

(15) les dispositions contestées n'établissent pas, à l'égard du D$^{r}$ Morgentaler ou d'autres personnes, une discrimination fondée sur le sexe ou tout autre motif de distinction semblable ou énoncé à l'art. 15 de la *Charte*;

(16) le fait que les avortements thérapeutiques « médicalement nécessaires » pratiqués dans des hôpitaux approuvés soient actuellement payés par l'Assurance-maladie améliore la situation des femmes qui ont besoin de cette intervention et contribue au respect des droits à l'égalité qui sont garantis par l'art. 15;

(18) pour le cas où l'on conclurait qu'une quelconque limite a été apportée à des droits protégés par la Constitution, il s'agit d'une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

[17] Il va sans dire que plusieurs de ces moyens de défense sont avancés à titre de réponses subsidiaires aux prétentions formulées dans l'exposé de la demande modifié. Il devrait également être évident, mais je le souligne néanmoins, que c'est à un autre

tribunal qu'il appartiendra de se prononcer sur ces moyens de défense. Cela est également le cas de toutes les questions factuelles et juridiques qui n'ont pas été tranchées sauf, bien entendu, celles dont le règlement est absolument essentiel à la décision du présent appel.

[18] Quoi qu'il en soit, c'est l'argument voulant que le D^r^ Morgentaler n'ait pas, en droit, qualité pour se prévaloir des avantages découlant des prétendues violations à la *Charte* mentionnées dans l'exposé de sa demande modifié, conjugué au fait que la Province insistait fermement pour que soit reportée à la fin du procès toute décision judiciaire sur cette question, qui ont donné lieu au dépôt de la motion sous-jacente le 1^er^ février 2007. Dans son avis de motion initial, le D^r^ Morgentaler a demandé que la Cour [TRADUCTION] « exerce sa compétence inhérente » aux fins de lui reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public. Il a invoqué les moyens suivants pour justifier l'exercice de cette compétence relativement à sa demande en vue d'obtenir un jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité :

> [TRADUCTION]
> 1. L'auteur de la motion satisfait au critère juridique établi en ce qui concerne la reconnaissance de la qualité pour agir comme partie d'intérêt public, compte tenu des principes énoncés par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Nova Scotia (Board of Censors) c. McNeill*, [1976] 1 R.C.S. 265; et *Ministre de la Justice (Can.) c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; en ce sens qu'il existe une question sérieuse à juger, à propos de laquelle le requérant a manifesté un « intérêt véritable » et qu'il n'existe aucune « autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour ».
>
> 2. L'auteur de la motion prétend que le Règlement 84-20 pris en vertu de la *Loi sur le paiement des services médicaux*, L.R.N.-B. 1973, ch. M-7 est inconstitutionnel en ce sens qu'il viole des droits garantis par les articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et il est, de ce fait, manifeste que l'auteur de la motion satisfait au premier volet du critère régissant la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public puisque l'action porte sur une question sérieuse.

> 3. Depuis 1968, l'auteur de la motion a défendu le droit des femmes d'avoir accès à des avortements pratiqués ailleurs que dans les hôpitaux et financés par l'État. Il s'est défendu contre des accusations criminelles portées contre lui pour avoir pratiqué des avortements au Québec et en Ontario et a eu gain de cause. Il a eu gain de cause à deux reprises devant la Cour suprême du Canada en ce qui concerne la question de l'accès à un avortement légal. Depuis 1994, il exploite une clinique d'avortement dans la ville de Fredericton, dans la province du Nouveau-Brunswick; en 1995, il a réussi à faire invalider certains articles de la *Loi médicale* provinciale pour le motif qu'ils échappaient à la compétence de la Province du Nouveau-Brunswick. Pour les raisons qui précèdent, il est clair que l'auteur de la motion satisfait au second volet du critère régissant la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public, en ce sens qu'il a manifesté un « intérêt véritable » et de longue date envers les questions qui font l'objet de l'action. [Il est à remarquer que le D^r^ Morgentaler n'a pas prétendu qu'il était « directement touché » par la disposition réglementaire contestée, ce qui, comme nous l'avons vu, serait une autre façon de satisfaire au deuxième volet du critère régissant la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public.]
>
> 4. Dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, aux pages 148 et 172, la Cour suprême du Canada a reconnu le fait que l'interruption de grossesse est une décision de nature intime et privée. De plus, étant donné la période limitée qui s'écoule entre la conception et l'interruption de la grossesse, il est déraisonnable de s'attendre à ce qu'une femme qui veut avoir accès à l'avortement mène une contestation judiciaire dans le court laps de temps dont elle dispose. Pour ces raisons, l'auteur de la motion satisfait au troisième volet du critère régissant la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public en ce sens qu'il n'y a pas d'« autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour ».

[19] Le D^r^ Morgentaler a ensuite modifié son avis de motion afin d'y ajouter la demande subsidiaire suivante :

> [TRADUCTION]
> [1] Subsidiairement, pour le cas où l'honorable Cour conclurait que la présente demande doit être présentée à la

> Cour conformément à la règle 23, ou plus précisément à la règle 23.01(1)a), [l'auteur de la motion] prétendra que la Cour doit interpréter d'une manière atténuée l'application de la règle 23, dans le cas d'une demande en vue d'obtenir la qualité pour agir, afin que ce genre de demande ne soit pas assujetti aux limites en matière de preuve qui sont énoncées à la règle 23.02.
>
> [2] À titre subsidiaire également, pour le cas où la Cour conclurait que les règles 23.01(1)a) et 23.02 sont applicables, [l'auteur de la motion] sollicitera de la Cour la permission de déposer une preuve par affidavit savoir, plus précisément les affidavits du D[r] Morgentaler et de Simone Leibovitch.

[20] La première règle qui est invoquée dans l'avis de motion modifié du D[r] Morgentaler, savoir la règle 23.01(1)a), dispose que le demandeur ou le défendeur peut, avant la mise au rôle de l'action, demander que toute question de droit soulevée par une plaidoirie soit tranchée, si la solution de cette question peut régler le litige, abréger le procès ou réduire considérablement les frais. La deuxième règle invoquée, savoir la règle 23.02, prescrit que sauf avec permission de la Cour, aucune preuve n'est admise dans des demandes présentées en application de la règle 23.01(1)a), excepté : (1) la transcription d'interrogatoires pertinents et (2) les affidavits nécessaires pour identifier un document ou prouver sa passation. Ni l'une ni l'autre de ces exceptions n'intervient en l'espèce.

[21] Le dossier d'appel contient deux affidavits à l'appui de la motion, l'un fait sous serment par le D[r] Morgentaler le 3 août 2006 et l'autre fait par Simone Leibovitch, directrice administrative et gestionnaire de la clinique. La Province a produit un affidavit fait par Lyne St-Pierre Ellis, directrice de la Planification des effectifs du secteur de la santé au ministère de la Santé. Selon ce qu'a prétendu la Province, les deux affidavits déposés à l'appui de la motion étaient inadmissibles en vertu de la règle 23.02. Elle a donc déposé l'affidavit de M[me] St-Pierre Ellis d'une façon conditionnelle : il n'y aurait lieu de l'examiner que si la Cour, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré à la règle 23.02, accordait la permission d'admettre les affidavits à l'appui présentés par l'auteur de la motion.

[22] Les paragraphes 2 à 21 de l'affidavit du D[r] Morgentaler sont ainsi rédigés :

> [TRADUCTION]
> 2. Je suis médecin et autorisé à exercer la médecine dans les provinces suivantes : l'Ontario, le Québec, le Manitoba, l'Alberta, Terre-Neuve, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick. J'exerce la médecine depuis quelque cinquante-trois ans. Le 11 mars 1994, j'ai été autorisé par le Collège des médecins et chirurgiens du Nouveau-Brunswick à exercer la médecine dans la Province du Nouveau-Brunswick.
>
> 3. J'exploite des cliniques d'avortement privées dans les endroits suivants : en Ontario, au Québec, en Alberta, à Terre-Neuve et à Fredericton, au Nouveau-Brunswick.
>
> 4. Au fil des ans, je me suis engagé dans des batailles judiciaires avec le gouvernement du Canada et les gouvernements de différentes provinces relativement au droit des femmes de pouvoir obtenir, au moment opportun, un avortement thérapeutique pratiqué en toute sécurité. Je me suis défendu contre des accusations criminelles dont j'ai fait l'objet pour avoir pratiqué des avortements au Québec et en Ontario et j'ai eu gain de cause. En 1988, la Cour suprême du Canada a invalidé, parce que inconstitutionnel, l'art. 251 du *Code criminel*, disposition en vertu de laquelle j'avais été accusé.
>
> 5. Des accusations ont été portées contre moi en Nouvelle-Écosse sous le régime de la *Medical Services Act*, laquelle interdisait de pratiquer un avortement ailleurs que dans un hôpital. Cette affaire a pris fin en 1993 lorsque la Cour suprême du Canada a déclaré inconstitutionnelles les dispositions contestées.
>
> 6. La clinique d'avortement dont je suis propriétaire à Fredericton a commencé ses activités en juin 1994.
>
> 7. Le 5 juillet 1994, le Conseil du Collège des médecins et chirurgiens du Nouveau-Brunswick a rendu une ordonnance m'interdisant, conformément à l'al. 56*b.1*) et à l'art. 56.2 de la [*Loi médicale*, L.N.-B. 1985, ch. 76], de pratiquer des avortements à l'extérieur d'un hôpital.

8. Le 14 septembre 1994, le juge Ronald Stevenson a statué que les articles sur lesquels le Collège des médecins et chirurgiens s'était fondé échappaient à la compétence législative de la Province du Nouveau-Brunswick. Cette décision a été confirmée par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick le 23 janvier 1995. L'autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada a ultérieurement été refusée.

9. Mes cliniques sont dotées de matériel à la fine pointe de la technologie et les médecins qui y travaillent sont formés aux méthodes les plus sûres et les plus efficaces permettant de pratiquer des avortements thérapeutiques. J'ai personnellement effectué environ soixante-quinze mille avortements thérapeutiques au cours des trente-huit dernières années et environ deux cent mille avortements thérapeutiques au total ont été effectués à mes cliniques.

10. L'expérience et le passage du temps ont montré que la qualité des services médicaux dispensés dans des cliniques indépendantes comme les miennes est comparable, sinon supérieure, à celle qui existe dans les hôpitaux.

11. Des conseillers et conseillères sont engagés à chacune de mes cliniques afin d'apporter aide et soutien aux patientes. Le personnel qui travaille dans les cliniques est formé à ne dispenser que les meilleurs soins, avec la plus grande empathie possible, aux femmes qui recourent aux services que nous offrons.

12. En juillet 2003, j'ai engagé contre la Province du Nouveau-Brunswick une action dans laquelle je sollicitais un jugement déclaratoire portant que l'art. 2.01 de la *Loi sur [le paiement des] services médicaux* établit une discrimination envers les femmes, contrairement à la *Charte canadienne des droits et libertés*.

13. Le 25 janvier 2005, j'ai rendu témoignage en interrogatoire préalable relativement à cette action […].

14. J'intente la présente action en ma qualité de partie d'intérêt public, le critère régissant cette qualité ayant été ainsi défini par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt

*Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236 :

> ¶ 37 On a vu qu'il faut tenir compte de trois aspects lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a lieu de reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public. Premièrement, la question de l'invalidité de la loi en question se pose-t-elle sérieusement? Deuxièmement, a-t-on démontré que le demandeur est directement touché par la loi ou qu'il a un intérêt véritable quant à sa validité? Troisièmement, y a-t-il une autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour?

15. Je crois comprendre d'après ce qui a été publié dans les médias que le gouvernement fédéral prétend que les limites que le Nouveau-Brunswick apporte au financement des services d'avortement violent la *Loi canadienne sur la santé*. Voici ce qu'on peut lire dans un article de La Presse canadienne daté du 26 janvier 2005 [….] rédigé par Chris Morris, à propos des allégations du gouvernement fédéral selon lesquelles le Nouveau-Brunswick ne respectait pas les principes de la *Loi canadienne sur la santé* :

> [TRADUCTION]
> [Le ministre de la Santé provincial, Elvy] Robichaud a dit que la Province fait l'objet d'une poursuite engagée par le docteur Henry Morgentaler, propriétaire de la seule clinique d'avortement privée du Nouveau-Brunswick.
>
> À cette clinique, située à Fredericton, on pratique environ six cents avortements par année. Le D$^{r}$ Morgentaler prétend que les frais engagés à ce titre devraient être couverts par l'Assurance-maladie comme ils le sont dans la plupart des autres provinces canadiennes.
>
> M. Robichaud dit qu'il a laissé entendre au (ministre de la Santé Ujjal) Dosanjh qu'aucune mesure ne devrait être prise jusqu'à ce que la poursuite soit tranchée et que les tribunaux aient statué.

> « [J']ai suggéré à M. Dosanjh d'attendre les résultats de la poursuite avant d'entamer le processus de résolution de conflit » a dit M. Robichaud.

16. À la fin de mai 2006, l'Hôpital D[r] Everett Chalmers, à Fredericton, a annoncé qu'il allait suspendre son service d'avortement jusqu'au 1[er] juillet 2006. Le 26 mai 2006, le ministre de la Santé a indiqué que deux médecins de deux régions différentes avaient accepté de pratiquer des avortements médicalement nécessaires. Il n'a pas précisé où les avortements seraient pratiqués après le 30 juin 2006 […].

17. J'estime que les actes ayant consisté à annoncer que l'on mettait fin à un service d'avortement financé par l'État qui était déjà limité et à ensuite annoncer, en laissant planer un mystère, que deux médecins quelque part pratiqueraient des avortements sont une preuve supplémentaire des difficultés qu'ont les femmes à avoir accès à un avortement payé par l'État au Nouveau-Brunswick et une preuve supplémentaire du fait que le gouvernement continue à violer la *Loi canadienne sur la santé*.

18. Je crois donc que l'issue de l'action que j'ai engagée contre le gouvernement du Nouveau-Brunswick est importante non seulement pour les femmes dont les droits garantis par la *Charte* sont violés du fait de ces dispositions législatives discriminatoires, mais aussi pour les gouvernements du Nouveau-Brunswick et du Canada, en ce sens qu'elle peut contribuer à résoudre un différend qui dure depuis longtemps. Je crois donc qu'il est manifeste que la question de la validité des dispositions législatives que j'entends contester est une question sérieuse; je satisfais donc au premier volet du critère régissant la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public qui a été énoncé dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises*.

19. Il y a presque quarante ans maintenant que je me suis lancé dans l'activisme public et dans des batailles judiciaires afin de garantir et d'améliorer l'accès des femmes à un avortement légal et sûr et de faire en sorte que les personnes qui dispensent ce service puissent le faire sans craindre d'être poursuivies. Je l'ai fait malgré les risques que cela comportait pour ma propre santé et ma propre sécurité et j'ai supporté les charges financières que

> supposait cet activisme. À cet égard, je crois avoir clairement démontré que j'ai « à titre de citoyen, un intérêt véritable quant à la validité de la loi » que je conteste, ce qui constitue le deuxième volet du critère régissant la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public qui a été énoncé dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises*.
>
> 20. Le troisième volet du critère régissant la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public consiste dans la question de savoir s'il y a « une autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour ». Dans l'affaire M*orgentaler c. Prince Edward Island (Minister of Health and Social Services)*, [1994] P.E.I.J. No. 16, j'ai sollicité et obtenu la reconnaissance de la qualité pour contester la politique du gouvernement concernant la prestation de services d'avortement. Dans son jugement, le juge Jenkins a reconnu qu'il n'y avait [TRADUCTION] « pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour » et a dit ce qui suit :
>
> > [TRADUCTION]
> > Comme le requérant, j'estime déraisonnable de s'attendre que, face à tout ce qu'amènent une grossesse et la décision à prendre quant au recours ou non à l'avortement, une femme se conforme à la politique du gouvernement pour la contester ensuite devant les tribunaux dans le très bref laps de temps dont elle dispose. La Cour suprême du Canada a exprimé ce point de vue dans *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30. Qui plus est, une grossesse, a fortiori une grossesse non désirée, est inévitablement source, en soi, de stress et d'anxiété, et l'arrêt ou non d'une grossesse est une décision de nature intime et privée (*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 148 et 172).
>
> 21. En conséquence, pour les motifs donnés par le juge Jenkins et mentionnés dans l'instance dont la Cour suprême a été saisie en 1988, je fais valoir qu'il n'y a pas de meilleure manière de soumettre la question à une cour.

[23] Il est évident qu'un certain nombre de ces énoncés s'écartent du domaine factuel pour s'aventurer dans l'arène réservée au débat sur des points juridiques.

Toutefois, il est tout aussi évident que cet empiètement procédural ne cause aucun préjudice à la Province de sorte qu'il n'y a rien de plus à dire à ce sujet.

[24] Une fois dépouillé de tout ouï-dire inadmissible, l'affidavit de M^me^ Leibovitch contient le témoignage admissible suivant :

> [TRADUCTION]
> 2. Je travaille à la clinique Morgentaler au Nouveau-Brunswick (la « clinique ») depuis 2005. La clinique dispense des services d'avortement thérapeutique aux femmes.
>
> 3. La clinique est une clinique privée qui est principalement fréquentée par des femmes de partout au Nouveau-Brunswick. Nous avons, toutefois, traité des femmes venant de plusieurs autres provinces canadiennes ainsi que des États-Unis. La clinique est située au 554, rue Brunswick, à Fredericton, au Nouveau-Brunswick. Le Centre de soins pour femmes (le « Centre ») est situé dans un immeuble jouxtant la clinique. Il s'agit d'un groupe contre l'avortement et l'immeuble abrite le siège social de l'Association pour le droit à la vie du Nouveau-Brunswick. (Sont joints au présent affidavit comme pièce « A » des renseignements provenant du site Web de cette Association).
>
> 4. Dans le cadre de mes fonctions, je suis chargée d'aider les patientes en prenant et en confirmant les rendez-vous, en leur donnant des renseignements, en les dirigeant vers des médecins et en veillant à la sécurité de la clinique, de ses patientes et du personnel. Je suis également responsable de l'entretien.
>
> 5. Depuis que j'ai commencé à travailler à la clinique en 2005, j'ai personnellement eu des contacts avec la grande majorité de nos patientes.
>
> 6. Les honoraires demandés pour un avortement à la clinique vont de 500 $ à 750 $. À la demande formelle du D^r^ Morgentaler, j'ai toute discrétion pour décider, lorsque les circonstances l'exigent, de renoncer aux honoraires prescrits pour la prestation des services d'avortement. Depuis 2005, j'ai exercé ce pouvoir discrétionnaire dans un

certain nombre de cas. En 2005, la clinique a imputé des honoraires non perçus s'établissant à environ 7 240 $ et en 2006, à environ 9 965 $.

7. J'ai observé les manifestants à l'extérieur de la clinique depuis que j'ai commencé à travailler ici en 2005. Des collègues de travail m'ont dit, et je crois réellement que cela est vrai, que les manifestants défilent à l'extérieur de la clinique depuis son ouverture. Il y a, en moyenne, de cinq à quinze manifestants qui portent des pancartes et qui remettent des documents aux femmes lorsqu'elles entrent dans la clinique et en sortent. Les manifestants sont présents tous les jours où la clinique exerce ses activités. Ils essaient souvent d'entrer en discussion avec les femmes, et les personnes qui les accompagnent à la clinique, à propos de leur décision d'entrer dans la clinique et ils les invectivent lorsqu'elles quittent la clinique.

8. J'ai l'occasion de m'entretenir avec presque toutes les patientes qui communiquent avec la clinique. Je parle avec elles avant qu'elles prennent la décision de se rendre à la clinique, au moment où elles arrivent et pendant qu'elles récupèrent. […] Je donne aux patientes des indications sur ce à quoi elles doivent s'attendre au moment où elles entrent à la clinique et celui où elles en sortent. Je prends également des dispositions afin que des bénévoles escortent les patientes lorsqu'elles traversent le groupe de protestataires.

[…]

10. J'ai entendu des protestataires s'adresser aux patientes qui entrent à la clinique et en sortent et leur faire les commentaires suivants : [TRADUCTION] « Ne tuez pas votre bébé », « C'est un beau bébé », « C'est pas rien, c'est un bébé », « Lisez ceci avant d'entrer », « Vous n'avez pas à faire cela, nous pouvons vous aider ». J'ai constaté que les patientes sont visiblement bouleversées par la présence des protestataires et les commentaires.

11. J'ai entendu les manifestants s'adresser aux membres du personnel, aux médecins et aux escortes lorsqu'ils entrent à la clinique et en sortent et leur faire les commentaires suivants : [TRADUCTION] « Est-ce que cela contribue à votre bien-être que d'aider des femmes à assassiner leur bébé ? », « Je suppose que vous n'êtes pas

une grand-mère parce qu'aucune grand-mère n'aiderait une femme à assassiner son bébé », « Est-ce ça qu'ils vous enseignent à l'université… comment aider des femmes à commettre un meurtre ». D'autres commentaires de nature générale ont également été faits, notamment les suivants : [TRADUCTION] « Bienvenu au Dachau de Fredericton », « Henry Morgentaler, le Hitler canadien », « Des meurtres sont commis ici ».

12. Les manifestants m'ont fait des commentaires, dont les suivants : [TRADUCTION] « Vous irez en enfer » et [TRADUCTION] « Qu'est-ce que ça fait de travailler dans un camp de la mort ? ».

13. J'ai observé l'attitude des patientes lorsqu'elles entrent dans la clinique. Dans bien des cas, j'ai vu des patientes visiblement affolées et exprimer de la crainte à l'idée de traverser la rue depuis le garage à étages jusqu'à la clinique. Elles sont comme en état de choc ou elles pleurent. Les personnes qui les ont accompagnées à la clinique manifestent souvent les mêmes émotions. Elles disent éprouver de la crainte à l'idée de devoir retourner à l'extérieur. Je crois véritablement qu'il est exact, compte tenu des commentaires faits par nos patientes et par les personnes qui les accompagnent, que la présence et le comportement des protestataires les intimident et les bouleversent et que les patientes, leurs familles ou leurs amis se sentent menacés par l'atmosphère qui règne à l'extérieur de la clinique.

14. On m'a remis certains documents que distribuent les manifestants. Les dépliants énoncent des mises en garde comme celles-ci : elles ne seront plus en mesure de concevoir; l'avortement est une des causes importantes du cancer du sein; elles ne pourront plus jamais être dans une relation durable; elles feront une dépression; et il y a un taux de suicide élevé parmi les femmes qui ont eu un avortement. Une des brochures décrit crûment les sept premiers jours qu'elles passeront en enfer. […]

15. J'ai observé des manifestants porter régulièrement des pancartes affichant des slogans et des photos. L'affiche la plus crue consistait en un poster de quatre pieds sur quatre pieds montrant un fœtus avorté. Le poster a été confisqué par la police et le manifestant en question a été appréhendé. Les manifestants affichent régulièrement des

pancartes sur lesquelles sont inscrits des slogans comme ceux-ci : [TRADUCTION] « L'avortement arrête un coeur de battre », « Un bébé sur quatre meurt par suite d'un avortement », « Merci Maman de m'avoir donné la vie», « Laissez vivre les bébés », « Je suis un enfant, pas un choix », « L'avortement cause du tort aux femmes », « En mémoire de tous les bébés avortés ici », « Jésus nous aime, Maman, Jésus m'a déjà donné mon nom, Maman », « Henry, prends-t'en à quelqu'un de ta taille ». Un manifestant en particulier tenait un fœtus en plastique et disait aux femmes qui traversaient le groupe de manifestants : [TRADUCTION] « Maman, Maman, n'y va pas ».

16. Au fils des ans, la clinique a subi les dommages matériels suivants qui semblent imputables à des sentiments anti-avortement. En l'an 2000, le mot [TRADUCTION] « Assassin » a été peint au pistolet sur le trottoir qui longe le côté de la clinique. La même année, le jardin de la conseillère de la clinique a été vandalisé peu après qu'elle eut commencé à travailler à la clinique et quelqu'un a forcé la benne à rebuts située derrière la clinique et ouvert les sacs à ordures. J'ai plus tard appris que les manifestants faisaient courir le bruit que les fœtus étaient jetés aux ordures. En 2001, on a lancé un bloc de béton à travers une des fenêtres arrière. Puis, à la suite d'une manifestation pro-vie de la caravane du groupe ontarien « Show the Truth », l'été dernier, les mots [TRADUCTION] « assassins » et [TRADUCTION] « tueurs de bébés » ont été peints au pistolet en lettres noires sur le devant de la clinique et la caméra de surveillance de la clinique a été arrachée du mur et détruite. La clinique de Fredericton n'est pas exceptionnelle à cet égard, la clinique Morgentaler à Edmonton a fait l'objet d'une attaque à l'acide butyrique le 12 novembre 1996. L'acide butyrique est un produit chimique toxique qui a une odeur fétide et qu'il est très difficile de faire disparaître.

17. Depuis que je suis directrice administrative et gestionnaire de la clinique, la police a été appelée sur les lieux un certain nombre de fois pour des préoccupations ressortissant à la sécurité. […]

[…]

19. […] Je dois avoir l'œil sur tous les rapports faisant état de violence lorsqu'il semble que des personnes pratiquant des avortements ont été visées afin d'être en mesure d'évaluer le niveau de risque auquel sont exposés les patientes, les employés et les médecins de la clinique.

20. Notre clinique a été l'objet d'une attention importune de la part d'organisations pro-vie, dont voici quelques exemples : le jour de la fête des Mères, des roses sont déposées à la porte avant; des cartes de Noël sont envoyées aux membres du personnel pour leur faire savoir que l'on prie pour eux; nous recevons occasionnellement des messages téléphoniques dans lequel quelqu'un dit : [TRADUCTION] « J'espère qu'un jour vous serez punis pour ce que vous faites » ou demande jusqu'où va la clinique pour ensuite dire [TRADUCTION] « c'est un meurtre » et raccrocher. […]

21. Par suite de l'escalade des activités anti-avortement au fil du temps, le personnel et les médecins de la clinique ont adopté des protocoles de sécurité dans une tentative visant à protéger les médecins, le personnel et les patientes. Les mesures suivantes ont notamment été adoptées :

(A) depuis le premier jour, un système d'escorte a été mis en place pour aider les patientes au moment où elles entrent dans la clinique et où elles en sortent;

(B) des caméras de surveillance et un système d'alarme ont été installés lorsque la clinique a été construite... ils couvrent toutes les sorties et fenêtres;

(C) une alarme surveillée et un dispositif de détection automatique d'incendie ont été installés pendant la construction du bâtiment;

(D) nos médecins et nos patientes garent leurs voitures loin de la clinique;

(E) nous avons un bouton d'alarme directement relié au poste de police. Des protocoles de sécurité générale sont en vigueur.

22. À titre de membre du personnel de la clinique Morgentaler, je tiens pour acquis que je suis personnellement menacée par les activistes opposés à

> l'avortement. J'ai changé de numéro de téléphone, lequel est maintenant un numéro confidentiel, parce que mon nom est souvent mentionné dans les médias. J'ai toujours un téléphone cellulaire sur moi. J'évite de venir à la clinique le soir sauf si cela est absolument nécessaire. Lorsque j'interviens par suite d'une alarme, j'en informe toujours les policiers et j'attends qu'ils me rejoignent sur les lieux avant d'entrer dans le bâtiment.
>
> 23. J'expose les faits susmentionnés afin d'illustrer l'environnement très difficile dans lequel se trouvent les femmes qui veulent obtenir un avortement à la clinique ainsi que les préoccupations en matière de sécurité personnelle auxquelles je fais face et auxquelles font également face les autres employés de la clinique ainsi que nos médecins. […]

[25] M^me^ Leibovitch termine son affidavit en déclarant croire que [TRADUCTION] « l'atmosphère décrite ci-dessus est une atmosphère dans laquelle très peu de femmes, le cas échéant, seraient suffisamment à l'aise pour sortir du rang et contester la position provinciale en matière de financement des services d'avortement, tout particulièrement si, pour ce faire, elles devaient tout d'abord déclarer avoir l'intention de subir un avortement thérapeutique ou en avoir déjà subi un ». Que cette croyance soit bien fondée ou non, il n'en demeure pas moins que c'est ce qu'elle croit.

[26] L'affidavit de M^me^ St-Pierre Ellis semble avoir un double objectif : (1) répondre aux déclarations faites aux paragraphes 16 et 17 de l'affidavit du D^r^ Morgentaler et (2) réfuter la prétention voulant que la disposition réglementaire contestée érige une barrière qui fait obstacle, dans une mesure inadmissible, aux avortements au Nouveau-Brunswick. Les parties essentielles de l'affidavit de M^me^ St-Pierre Ellis sont ainsi rédigées :

> [TRADUCTION]
> 2. En juin 2006, les médecins qui avaient jusque-là pratiqué des avortements dans la Régie régionale de la santé 3 ont avisé la Province qu'ils ne dispenseraient plus ce service aux patientes de l'extérieur de la région à compter du 1^er^ juillet 2006. Par suite de cet avis, le

ministère de la Santé a repéré deux médecins qui étaient disposés à pratiquer des avortements médicalement nécessaires, l'un dans la Régie régionale de la santé 6 et l'autre dans la Régie régionale de la santé 1B. Dans chaque Régie régionale de la santé, les avortements sont effectués un lundi sur deux. Chaque médecin voit la patiente qui lui a été adressée le premier lundi et effectue l'avortement le lundi suivant.

3. Pendant la période allant de l'exercice 1997/1998 à l'exercice 2005/2006, le ministère de la Santé a payé les sommes suivantes, en vertu de la *Loi sur le paiement des services médicaux*, au titre des avortements thérapeutiques :

| Avortements thérapeutiques (code 1401) payés par l'Assurance-maladie pour chacun des exercices de 1997/1998 à 2005/2006 | | |
|---|---|---|
| Exercice | Nombre des services | Coût des services |
| 1997/1998 | 620 | 107 866 $ |
| 1998/1999 | 616 | 110 175 $ |
| 1999/2000 | 508 | 92 743 $ |
| 2000/2001 | 571 | 99 254 $ |
| 2001/2002 | 610 | 111 533 $ |
| 2002/2003 | 584 | 114 216 $ |
| 2003/2004 | 314 | 69 440 $ |
| 2004/2005 | 365 | 81 310 $ |
| 2005/2006 | 404 | 89 478 $ |
| Source: Assurance-maladie, min. de la Santé | | |

4. Chaque avortement thérapeutique au titre duquel la Province du Nouveau-Brunswick fait un paiement est conforme à l'al. *a.1*) de l'Annexe 2 du Règlement 84-20, savoir qu'il est pratiqué par un spécialiste en obstétrique et en gynécologie dans un établissement hospitalier approuvé et que deux médecins ont certifié par écrit que l'avortement était médicalement nécessaire.

[27] Le 1er août 2008, une juge de la Cour du Banc de la Reine a accueilli la motion du Dr Morgentaler. Elle était d'avis que la règle 23 ne s'applique pas dans le cadre d'une motion en vue d'obtenir une ordonnance reconnaissant la qualité pour agir dans l'intérêt public, de sorte qu'elle était fondée à recourir à la compétence inhérente

que lui conférait sa qualité de juge d'une cour supérieure. La juge saisie de la motion a conclu que la contestation constitutionnelle était une question sérieuse, que le D[r] Morgentaler avait un intérêt véritable quant à l'issue de l'affaire et qu'il n'y avait pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour. Ces conclusions ont ouvert la voie à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en faveur de la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public qui était demandée.

[28] La Province interjette appel, avec l'autorisation de notre Cour, et prétend dans son avis d'appel que la juge saisie de la motion a commis une erreur justifiant l'infirmation de sa décision du fait qu'elle :

> [TRADUCTION]
> (a) a statué que la question de la qualité pour agir du [D[r] Morgentaler] pouvait être tranchée, à bon droit, dans le cadre d'une motion présentée avant le procès et non pas par le juge du procès après le procès; n'a pas examiné la question de savoir si [le D[r] Morgentaler] avait qualité pour agir de plein droit; et a statué qu'[il] avait satisfait au critère régissant la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public,
>
> (b) a jugé que la capacité pour agir dans l'intérêt public est différente de la « capacité juridique » au sens où cette expression est employée à la règle 23.01(2)b) des *Règles de procédure*;
>
> (c) a jugé que la question dont la Cour était saisie était celle de savoir si la Cour exercerait sa compétence inhérente pour reconnaître à l'intimé la qualité pour agir dans l'intérêt public;
>
> (d) a statué que la règle 23.01(2)b) renvoie à des circonstances différentes; qu'elle ne s'applique pas à la qualité pour agir dans l'intérêt public et ne porte pas sur cette question;
>
> (e) a statué qu'il y avait une lacune dans le texte législatif, savoir la règle 23, ce qui autorisait la Cour à exercer sa compétence inhérente.

III. Les dispositions législatives

[29] Les dispositions législatives pertinentes sont jointes à la présente décision et forment l'Annexe « A ».

IV. Analyse et décision

[30] Comme l'aura sans doute constaté le lecteur attentif, les moyens d'appel de la Province se chevauchent à plusieurs égards, de sorte qu'un examen distinct de chaque moyen dans l'ordre où il est énoncé dans l'avis d'appel supposerait nécessairement la répétition des prétentions des parties, exercice qui ne remplirait aucune fin utile. À mon sens, il est possible de faire un examen complet des objections de la Province à la décision qui a été rendue devant le tribunal d'instance inférieure en faisant un survol préambulaire de la notion de qualité pour agir suivi d'un examen des parties saillantes de la règle 23 et de la compétence qu'a la cour de reconnaître à quelqu'un, avant le procès, la qualité pour agir dans l'intérêt public. Cet exercice analytique se terminera par un examen des facteurs qui influent habituellement sur l'exercice, fondé sur des principes établis, de cette compétence et de la façon dont la juge saisie de la motion a appliqué ces facteurs en l'espèce.

A. *Un mot ou deux à propos de la qualité pour agir*

[31] Pour commencer, je souligne que le D$^{r}$ Morgentaler ne s'appuie pas sur le par. 24(1) de la *Charte* pour solliciter le jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité dont il fait état dans l'exposé de sa demande. Le paragraphe 24(1) autorise toute personne victime de violation ou de négation des droits ou libertés garantis par la *Charte* à solliciter une réparation convenable et juste. Le D$^{r}$ Morgentaler ne prétend pas qu'il y a eu violation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la *Charte*. Il prétend plutôt que le Règlement 84-20, parce qu'il donne une définition restrictive, pourrait-on dire, des services « assurés » en matière d'avortement, viole ou nie les droits dont jouissent les

femmes enceintes du Nouveau-Brunswick en vertu des art. 7 et 15 de la *Charte*. En fait, la contestation constitutionnelle du D[r] Morgentaler est fondée sur la proposition voulant que le Règlement 84-20 soit, dans la mesure dont j'ai fait état ci-dessus, « incompatible » avec les dispositions de la Constitution et que « les dispositions incompatibles » de cette règle soient « inopérantes » : par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Sur le plan purement textuel, le champ d'application du par. 52(1) ne se limite pas aux personnes dont les droits ou libertés garantis par la *Charte* sont compromis par une règle de droit inconstitutionnelle.

[32] De plus, la règle 27.06(11) dispose qu'aucune objection à une plaidoirie ne peut être présentée au motif que le jugement ou l'ordonnance sollicités sont seulement de nature déclaratoire. La règle joue ensuite un rôle attributif de compétence : elle confère à la cour le pouvoir de « prononcer des déclarations de droits qui lient les parties, sans égard au fait que des mesures de redressement accessoires sont ou pourraient être demandées ».

[33] Toutefois, malgré le libellé général du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle* et la règle 27.06(11), les objections à la compétence des tribunaux pour juger une action, comme celle qui nous occupe en l'espèce, sont courantes. Ces objections portent presque invariablement sur la qualité pour agir du demandeur.

[34] La common law reconnaît au moins deux catégories de qualité pour agir dans le cadre d'une instance civile : (1) la qualité pour agir à titre personnel ou qualité pour agir de plein droit (il est à remarquer que le défendeur dans une action civile qui a le droit d'invoquer l'exception de l'arrêt *Big M Drug Mart* – ainsi nommée parce qu'elle découle de l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, [1985] A.C.S. n[o] 17 (QL) – a qualité pour agir de plein droit : voir *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157, [1998] A.C.S. n[o] 78 (QL), par. 47); et (2) la qualité pour agir dans l'intérêt public. Une troisième catégorie, la qualité pour agir en vertu d'un pouvoir discrétionnaire « résiduaire », est mentionnée dans certaines des décisions auxquelles s'est reportée la juge saisie de la motion ainsi que dans l'arrêt *Office*

*canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, au par. 35. Toutefois, nous ne savons pas très bien si les observations qui ont été faites à cet égard dans ce dernier arrêt ont une application générale ou si elles ne concernent que les règles applicables devant la Cour suprême du Canada en matière d'intervention spéciale. J'estime qu'on doit à tout le moins s'interroger sur la nécessité d'une catégorie fourre-tout et se demander si celle-ci est justifiée par principe, compte tenu de l'exhortation de la Cour suprême du Canada à interpréter d'une façon libérale et souple les principes dont s'accompagne le critère à trois volets qui régit la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public (voir *Conseil canadien des Églises*, au par. 36). Cela dit, le D$^{r}$ Morgentaler n'a pas demandé à la Cour de lui reconnaître la qualité pour agir en vertu d'un quelconque pouvoir discrétionnaire « résiduaire » et je préfère reporter à un autre jour un éventuel examen en profondeur de son existence et de son application dans notre Province.

[35] La partie qui cherche à revendiquer un droit privé a qualité pour agir si cette partie est [TRADUCTION] « suffisamment touchée par la question qui donne naissance à la cause d'action » (voir l'ouvrage de Linda S. Abrams et Kevin P. McGuinness, intitulé *Canadian Civil Procedure*, 1$^{re}$ éd. (Markham : Lexis Nexis Inc. : 2008), § 2.33). Dans cette situation, on dit que le demandeur a qualité pour agir de plein droit. En règle générale, cela sera le cas si la partie en question a un intérêt personnel dans l'issue de la controverse ou, pour dire les choses autrement, si le préjudice qui est à l'origine de la demande découle [TRADUCTION] d'« une atteinte à un intérêt juridiquement protégé, réel et précis que possède » le demandeur (§ 2.33). La partie ainsi lésée a le droit légal de contester la conduite d'une autre partie devant un tribunal judiciaire et elle peut le faire sans être à la merci de l'indulgence de la Cour.

[36] Un particulier qui est demandeur dans une instance où il conteste la validité d'une disposition législative d'application générale, qu'il s'agisse d'une loi ou de mesures législatives subordonnées, pour des motifs qui sont sans rapport avec des droits ou libertés garantis par la *Charte* a habituellement qualité pour agir de plein droit si la disposition contestée cause au demandeur un préjudice exceptionnel en ce sens que cette disposition a sur lui un effet différent de celui qu'elle a sur le public dans son ensemble

(voir l'ouvrage de Peter W. Hogg, intitulé *Constitutional Law of Canada*, 5e éd. avec supplément, vol. 2, (Toronto : Carswell, 2007) au par. 59.2(b)). Une personne physique ou une personne artificielle, notamment une société, victime, du fait d'une disposition législative, de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la *Charte*, peut demander une ordonnance portant que cette disposition législative est inconstitutionnelle conformément au par. 24(1) (pour une analyse pertinente éclairée, voir l'article de June M. Ross, intitulé « Standing in Charter Declaratory Actions » (1995), 33 *Osgoode Hall L. J.* 151, aux p. 191 à 194). Toutefois, la personne qui est victime d'un préjudice exceptionnel du fait d'une disposition législative mais qui n'est pas personnellement victime d'une violation ou d'une négation des droits ou libertés garantis par la *Charte* n'a pas de plein droit qualité pour poursuivre une demande en vue d'obtenir un jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité fondé sur le fait que la disposition législative contestée viole les droits que la *Charte* garantit à une autre personne.

[37] Dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, [1989] A.C.S. no 36 (QL), une personne morale avait demandé un jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité relativement à des dispositions provinciales pour le motif qu'elles enfreignaient l'art. 7 de la *Charte*. La Cour a statué que la personne morale en question ne pouvait invoquer l'art. 7 de la *Charte* à l'appui de sa demande parce que cette disposition de la *Charte* ne confère des droits et libertés qu'aux êtres humains. Quelques années plus tard, dans l'arrêt *Hy and Zel's Inc. c. Ontario (procureur général); Paul Madger Furs Ltd. c. Ontario (procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 675, [1993] A.C.S. no 113 (QL), la Cour a élargi la règle énoncée dans *Irwin Toy* afin qu'elle s'applique aussi aux particuliers. Dans cette affaire, les personnes morales et les personnes physiques demanderesses n'avaient pas de plein droit qualité pour contester une loi sur la fermeture des commerces le dimanche parce que leurs doléances étaient fondées sur la violation de droits que la *Charte* garantissait à autrui.

[38] Les règles de droit pertinentes ont sans doute besoin d'être réformées mais il est indéniable que dans son ouvrage intitulé *Constitutional Law of Canada*, le professeur Hogg en fait un résumé exact :

> [TRADUCTION]
> […] [À] moins que la Cour suprême du Canada ne revienne sur la décision qu'elle a rendue dans l'affaire *Irwin Toy*, la position semble être la suivante. Selon la règle générale énoncée dans l'arrêt *Irwin Toy*, une personne touchée par une disposition législative que rend inopérante un droit garanti par la *Charte* peut invoquer ce droit seulement si la personne touchée par cette disposition législative est également une personne autorisée à bénéficier de ce droit garanti par la *Charte*. Si la personne touchée par la disposition législative n'est pas autorisée à bénéficier du droit garanti par la *Charte*, la règle générale interdit à cette personne de contester la disposition législative, sauf lorsqu'elle est défenderesse dans une action criminelle ou civile engagée pour faire exécuter cette disposition législative. Dans ce cas, l'exception qui est apportée dans l'arrêt *Big M Drug Mart* [[1985] 1 R.C.S. 295, [1985] A.C.S. n$^{o}$ 17 (QL)] à la règle générale s'applique afin d'empêcher que des sanctions criminelles ou civiles soient infligées à cette personne en vertu de la disposition législative qui est inconstitutionnelle. [p. 59-17]

[39] En l'absence d'une disposition législative prescrivant le contraire, aucun particulier qui intente une action n'a, de plein droit, qualité pour agir dans l'intérêt public et seule la Cour peut lui reconnaître cette qualité. Toutefois, une fois que la qualité pour agir dans l'intérêt public a été reconnue, celui à qui elle a été reconnue peut poursuivre sans aucune restriction une demande en jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité législative. Dans une série d'arrêts dont le premier est *Thorson c. Le Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138, [1974] A.C.S. n$^{o}$ 45 (QL), la Cour suprême du Canada a reconnu l'existence d'un pouvoir discrétionnaire des cours de justice [TRADUCTION] « de reconnaître la qualité pour agir à un particulier qui entend faire valoir un intérêt public et qui n'est pas victime d'un préjudice exceptionnel » (voir *Constitutional Law of Canada*, au par. 59.2(d), où l'on cite, notamment, les arrêts *Thorson*, *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265, [1975] A.C.S. n$^{o}$ 77 (QL), *Ministre de la Justice (Can.) c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575, [1981] A.C.S. n$^{o}$ 103 (QL), *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607, [1986] A.C.S. n$^{o}$ 73 (QL), *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* et *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, [1998] A.C.S. n$^{o}$ 29 (QL)).

[40] À première vue, il semblerait que les arguments du D^r^ Morgentaler soient suffisamment solides pour qu'on lui reconnaisse la qualité pour agir de plein droit en ce qui concerne sa demande en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que le Règlement 84-20 est incompatible avec la *Loi canadienne sur la santé* et viole cette *Loi*. Après tout, il est établi qu'il est autorisé à exercer la médecine au Nouveau-Brunswick et qu'il est propriétaire et exploitant de la seule clinique d'avortement privée dans notre province. Il est également admis que la clinique n'est pas un établissement hospitalier approuvé ou agréé au sens de l'al. *a.1)* de l'Annexe 2 du Règlement 84-20. Comme nous l'avons vu, cette disposition exclut de la catégorie des « services assurés » tout avortement effectué ailleurs que dans un établissement hospitalier approuvé. Cela dit, je suis conscient des passages suivants que l'on trouve dans l'exposé de la défense de la Province : (1) la non-conformité avec la *Loi canadienne sur la santé* [TRADUCTION] « ne peut fonder la cause d'action d'un particulier contre une Province et ne constitue pas une question qui relève des tribunaux »; et (2) [TRADUCTION] « [l]a question de savoir quelles mesures doivent être prises, le cas échéant, lorsqu'il détermine qu'un manquement a été commis relève de la discrétion exclusive du gouvernement fédéral ». La question de savoir si l'une ou l'autre de ces prétentions est bien fondée devra être tranchée devant un autre tribunal, à la suite d'une interprétation contextuelle des textes législatifs pertinents. Si la Province avait concédé la qualité pour agir en ce qui concerne la contestation non constitutionnelle et reconnu que celle-ci relève de la compétence des tribunaux, nous serions peut-être davantage fondés à écarter l'arrêt *Irwin Toy* et le D^r^ Morgentaler aurait fort bien pu choisir de ne solliciter la qualité pour agir dans l'intérêt public que comme solution de rechange.

[41] Quoi qu'il en soit, le D^r^ Morgentaler s'est abstenu de prétendre qu'il a de plein droit qualité pour solliciter le jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité ressortissant aux violations de la *Charte* invoquées dans l'exposé de sa demande modifié. En fait, il n'a pas encore demandé à la Cour de conclure qu'il a qualité pour agir de plein droit en ce qui concerne sa contestation d'inconstitutionnalité du Règlement 84-20. Comme je l'ai dit, le D^r^ Morgentaler a choisi de demander une ordonnance lui reconnaissant la qualité pour agir dans l'intérêt public relativement à sa contestation

concernant la constitutionnalité. Cette demande suppose qu'il reconnaît que la règle énoncée dans l'arrêt *Irwin Toy* ne peut être contournée.

B. *La compétence de reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public avant le procès*

[42] On se rappellera que la règle 23.01(2)b) dispose que le défendeur peut, avant la mise au rôle de l'action, demander la suspension ou le rejet de l'action au motif que le demandeur n'a pas la « capacité juridique » d'introduire ou de continuer l'action. Réduite à l'essentiel, la prétention de la Province relativement à la compétence est que la règle 23.01(2)b) constitue un code complet régissant la solution préjudicielle de questions se rapportant à la « capacité juridique » du demandeur. Les diverses possibilités étant entièrement couvertes, il n'y aurait aucune lacune permettant le recours à la compétence inhérente qu'a exercée la juge saisie de la motion. Il va sans dire que cette prétention ne peut prévaloir que si la « capacité juridique » englobe la qualité pour agir, qu'il s'agisse de la qualité pour agir à titre personnel ou de la qualité pour agir dans l'intérêt public. Je suis respectueusement d'avis que la prétention de la Province selon laquelle la qualité pour agir est subsumée sous la « capacité juridique » ne peut être retenue : il s'agit de concepts différents qui ne se chevauchent pas, du moins pour les fins de la règle 23.01(2)b).

[43] La capacité juridique d'introduire ou de continuer une action s'entend de la situation du demandeur en tant que personne juridique. Comme les auteurs de l'ouvrage intitulé *Canadian Civil Procedure* le soulignent dans leur analyse concernant la capacité de poursuivre en justice de l'enfant à naître, [TRADUCTION] « seul un être ou une entité qui jouit de la personnalité juridique peut engager une instance civile » (§ 2.41). Dans le premier ouvrage écrit sur la qualité pour comparaître au Canada, intitulé *Locus Standi – A Commentary on the Law of Standing in Canada* (Toronto : Carswell, 1986) à la p. 3, Thomas A. Cromwell, alors professeur de droit à l'Université Dalhousie et maintenant juge à la Cour suprême du Canada, a dit que [TRADUCTION] « les problèmes ressortissant à la capacité de poursuivre en justice soulèvent habituellement

des questions se rapportant à la question de savoir si la partie en question est “une personne juridique”, c’est-à-dire une personne qui a le droit général d’intenter une action ou de présenter une défense ». Le contexte plus large dans lequel cette observation a été faite est le suivant :

> [TRADUCTION]
> Toutefois, on peut établir une distinction entre la capacité de poursuivre en justice et la qualité pour agir. Selon une définition qui en a été donnée, la capacité consiste dans « le pouvoir d’acquérir et d’exercer des droits légaux ». Dans le contexte de la capacité des parties d’ester en justice, dire qu’une partie n’a pas cette capacité revient à reconnaître l’existence d’un obstacle d’ordre procédural à la participation de cette partie à l’instance – « obstacle qui est propre à une partie […] et qui est imposé par la loi pour une ou plusieurs raisons de principe différentes qui n’ont habituellement rien à voir avec le fond. […] ». Les problèmes ressortissant à la capacité de poursuivre en justice soulèvent habituellement des questions se rapportant à la question de savoir si la partie intéressée est “une personne juridique”, c’est-à-dire une personne qui a le droit général d’intenter une action ou de présenter une défense. Les règles relatives à la question de savoir si les mineurs, les personnes atteintes d’incapacité mentale et les associations non constituées en sociétés peuvent poursuivre en justice ressortissent toutes à la question de la capacité, c’est-à-dire celle de savoir si ces entités ont le pourvoir “d’exercer des droits légaux”. […]

[44] Dans l’arrêt *McNichol c. Co-Operators General Insurance Co.* (2006), 298 R.N.-B. (2e) 44, [2006] A.N.-B. no 194 (QL), 2006 NBCA 54, la Cour a fait observer en passant que la « capacité juridique » au sens de la règle 23.01(2)b) est un concept relativement étroit qui ressortit à la procédure se rapportant au droit du demandeur de poursuivre l’action. Cette remarque incidente, qui reprenait l’opinion exprimée dans l’arrêt *Western Delta Lands Inc. c. Zurich Indemnity Co. of Canada*, [1999] O.J. No. 2984 (C.A.) (QL) en ce qui concernait la règle 21.01(3)b) des *Règles de procédure civile* de l’Ontario, se voulait une mise en garde au profit des avocats plaidants. Cela dit, la Cour a souligné, au par. 24 de l’arrêt *McNichol*, que la règle ontarienne a parfois été invoquée afin de déterminer si le demandeur avait qualité pour introduire ou continuer

l'action. Le moment est venu de trancher le débat en cours dans notre province sur le sens de l'expression « capacité juridique » qui est employée à la règle 23.01(2)b).

[45] Les *Règles de procédure* doivent être interprétées conformément aux principes énoncés dans l'arrêt *MacKenzie c. Davis*, [2008] A.N.-B. n$^{o}$ 457 (QL), 2008 NBCA 85:

> Il est maintenant bien établi que l'interprétation législative « ne peut pas être fondée sur le seul libellé du texte de loi » et qu'il « faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (voir l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, [1998] A.C.S. n$^{o}$ 2 (QL), au par. 21). La règle 1.03(1) prescrit qu'à moins que le contexte n'indique une intention contraire, la *Loi d'interprétation*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-13 s'applique aux *Règles de procédure*. L'article 17 de la *Loi d'interprétation* est ainsi rédigé :
>
> > 17 Toute loi, tout règlement et toute disposition de ceux-ci sont réputés réparateurs et doivent faire l'objet de l'interprétation large, juste et libérale, la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets.
>
> Ce qui est sans doute plus important encore, les mots « se fonde » doivent être interprétés conformément aux préceptes énoncés à la règle 1.03(2). Ils doivent donc « recevoir une interprétation libérale afin d'assurer une solution équitable de chaque instance sur le fond, de la façon la moins coûteuse et la plus expéditive ».
> [par. 33]

[46] L'interprétation de l'expression « capacité juridique » que préconise la Province n'assurerait pas la solution équitable de l'instance sur le fond, de la façon la moins coûteuse et la plus expéditive. Elle donnerait à la défenderesse le pouvoir exclusif de décider à quel moment la Cour peut rendre une décision sur la qualité pour agir

pendant la phase du litige qui précède le procès. Cet état de choses serait incompatible avec l'objet de la règle 23.01(2)b) et avec l'intention de ses rédacteurs.

[47] Je suis respectueusement d'avis que le passage suivant, tiré de l'ouvrage intitulé *Locus Standi – A Commentary on the Law of Standing in Canada*, exprime la différence essentielle entre la capacité juridique et la qualité pour agir :

> [TRADUCTION]
> La distinction entre la capacité et la qualité pour agir tient au fait que la capacité dépend généralement des caractéristiques personnelles de la partie indépendamment du fond de l'affaire ou de la nature de la question en litige dans cette affaire. Elle vise le droit d'introduire une instance ou de présenter une défense en général. La qualité pour agir ressortit à la question de savoir si la Cour est fondée à examiner la question précise qui lui est soumise sur l'instance du demandeur. Elle concerne davantage la nature de la question et le contexte dans lequel elle est soulevée que les caractéristiques personnelles comme l'âge ou la capacité mentale, notamment, du demandeur. Il se peut qu'une partie ait la capacité de poursuivre en justice mais n'ait pas qualité pour agir. [p. 3]

L'expression « capacité juridique » est employée à la règle 23.01(2)b) au sens qui est défini dans le passage susmentionné.

[48] Il s'ensuit que la « capacité juridique » du D$^{r}$ Morgentaler d'introduire l'action sous-jacente n'est pas en litige. Sa « capacité juridique » de continuer l'action n'est pas non plus contestée. La règle 23.01(2)b) ne s'applique pas en l'espèce.

[49] La thèse de la Province voulant que la règle 23.01(2)b) constitue un code complet régissant la solution préjudicielle de toute controverse se rapportant à la qualité pour agir soulève un autre problème qui est le suivant : en common law, la qualité pour agir dans l'intérêt public est une qualité que seule la Cour peut reconnaître. Aucune règle de procédure ne confère expressément le pouvoir judiciaire de reconnaître cette qualité. Pour que les choses soient claires, le demandeur qui sollicite la qualité pour agir dans

l'intérêt public ne se trouve pas à demander à la Cour de trancher une « question de droit » au sens de la règle 23.01(1)a). Cette partie ne sollicite pas non plus une mesure réparatoire en vertu des règles 23.01(1)b) ou 27.09 (radiation d'une plaidoirie ou de quelque autre document). Ces règles qui pourraient, si les circonstances s'y prêtaient, être d'un certain secours en ce qui concerne la question de la qualité pour agir de plein droit, ne sont pas des outils permettant de trancher les demandes en reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public. Le pouvoir de trancher ces demandes trouve son origine dans la compétence inhérente des cours supérieures, laquelle est [TRADUCTION] « une réserve ou un fonds de pouvoirs, une source résiduelle de pouvoirs, à laquelle la Cour peut puiser au besoin lorsqu'il est juste ou équitable de le faire, tout particulièrement pour garantir l'application régulière de la loi, pour empêcher les actes vexatoires ou oppressifs, pour rendre la justice entre les parties et pour garantir le caractère équitable du procès qui les oppose » (voir l'article de I.H. Jacob, intitulé *The Inherent Jurisdiction of the Court* (1970), 23 Current Legal Problems 23, à la page 51). Dans cet article souvent mentionné, on définit parfois l'étendue de la compétence inhérente des cours supérieures en des termes dont on pourrait dire qu'ils sont trop larges. Il suffit de dire qu'en matière de procédure, la compétence inhérente de la Cour est indubitable dès lors qu'il y a une lacune législative (voir l'arrêt *Canada Post Corp. c. Cormier (Euclide) Plumbing and Heating Inc. et al.* (2008), 334 R.N.-B. ($2^{e}$) 211, [2008] A.N.-B. $n^{o}$ 300 (QL), 2008 NBCA 54, aux par. 41 à 43).

[50] Dans le cadre d'une requête afin que la Cour exerce sa compétence inhérente, [TRADUCTION] « tous les faits peuvent être examinés et les affidavits quant aux faits sont admissibles » : *The Supreme Court Practice* 1967, vol. I, p. 276. Cette proposition est en harmonie avec la règle 39.01(1), qui dispose que la preuve relative à une motion peut être établie par affidavit. Une disposition complémentaire, la règle 39.01(4), précise qu'un affidavit à l'appui d'une motion peut relater des faits que le déposant a appris ou qu'il croit être vrais pourvu que la source de ses renseignements et ses raisons d'y croire soient mentionnées. Les trois affidavits versés au dossier sont admissibles dans la mesure où ils sont conformes à la règle 39.01(4).

[51] Ce qui est tout aussi important, la Cour peut, dans l'exercice de sa compétence inhérente, reconnaître à une partie la qualité pour agir dans l'intérêt public lorsqu'il est juste de le faire, soit avant l'introduction de l'instance, soit en tout temps pendant l'instance. Les règles de droit pertinentes ont beaucoup évolué depuis que le juge Laskin, alors juge en chef du Canada, s'est dit d'avis dans l'arrêt *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, qu'il était habituellement préférable de trancher toute contestation liée à la qualité pour agir en même temps que les questions de fond, c'est-à-dire au procès. Un survol rapide de la jurisprudence plus récente donne à penser que la qualité pour agir est maintenant considérée comme une [TRADUCTION] « question préjudicielle » (voir *Canadian Civil Procedure*, aux par. 2.33 à 2.35) dont le règlement hâtif contribue, plus souvent qu'autrement, à « assurer une solution équitable de chaque instance sur le fond, de la façon la moins coûteuse et la plus expéditive » : règle 1.03(2). À cet égard, l'économie et la commodité sont des facteurs qui influent d'une façon importante sur le moment où la Cour intervient (voir l'arrêt *Australian Conservation Foundation Inc. c. Commonwealth of Australia* (1980), 28 A.L.R. 257, que la Cour suprême a mentionné en marquant son approbation dans l'arrêt *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*). Néanmoins, et de façon plus générale, le moment où doit avoir lieu une intervention de ce genre relève du pouvoir discrétionnaire de la Cour (voir l'arrêt *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, au par. 16, et la décision *Canadian Bar Assn. c. British Columbia* (2006), 59 B.C.L.R. (4th) 38, [2006] B.C.J. No. 2015 (QL), 2006 BCSC 1342, le juge Brenner, juge en chef de la Cour suprême de la Colombie-Britannique).

[52] L'idéal serait que les demandes en reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public soient présentées avant l'introduction de l'instance. Si la demande est rejetée, le temps, le travail et l'argent qui, autrement, auraient été gaspillés pourront être consacrés à une autre cause méritoire visant la défense de l'intérêt public ou à aider un demandeur animé des mêmes idées ayant qualité pour agir de plein droit. Si la demande est accueillie, le demandeur aura des droits originaires, dont celui d'engager le litige, d'en [TRADUCTION] « établir le fondement factuel » et d'en contrôler le déroulement à l'intérieur du cadre procédural applicable (voir l'article de Sharon Levine,

intitulé *Advocating Values: Public Interest Intervention in Charter Litigation* (1993), 2 N.J.C.L. 1-410, à la p. 37). De plus, et ce qui est tout aussi important, l'énergie des parties sera canalisée, le plus tôt possible, vers une « solution […] de [l']instance sur le fond, de la façon la […] plus expéditive » (voir la règle 1.03(2)).

C. *Le critère régissant la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public et la façon dont la juge saisie de la motion a appliqué ce critère en l'espèce*

[53] Devant le tribunal d'instance inférieure, les parties se sont entendues sur le fait que l'énoncé du critère régissant la qualité pour agir dans l'intérêt public qui a été fait dans l'arrêt *Borowski* fait toujours autorité, sous réserve, bien entendu, des éclaircissements apportés dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises*. Dans *Borowski*, le juge Martland, qui rendait jugement au nom de la majorité, a ainsi formulé ce critère :

> Selon mon interprétation, ces arrêts décident que pour établir l'intérêt pour agir à titre de demandeur dans une poursuite visant à déclarer qu'une loi est invalide, si cette question se pose sérieusement, il suffit qu'une personne démontre qu'elle est directement touchée ou qu'elle a, à titre de citoyen, un intérêt véritable quant à la validité de la loi, et qu'il n'y a pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour. [p. 598]

Dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises*, le juge Cory, qui rendait la décision de la Cour, a conclu qu'il n'était pas indiqué d'élargir – ni d'ailleurs de resserrer – le critère énoncé dans l'arrêt *Borowski*. Il a toutefois souligné que la décision d'accorder la qualité pour agir relève d'un pouvoir discrétionnaire « avec tout ce que cette désignation implique » avant de presser les juges d'interpréter les principes faisant partie du critère énoncé dans *Borowski* « d'une façon libérale et souple » (voir le par. 36).

[54] Après avoir souligné le consensus des parties en ce qui concernait l'applicabilité du critère énoncé dans *Borowski*, la juge saisie de la motion s'est arrêtée au premier des trois volets de ce critère, celui qui consiste à savoir s'il y a une question sérieuse à juger. Elle a commencé son analyse succincte en rappelant que dans l'arrêt

*Thorson*, le juge en chef Laskin avait fait observer que « [l]a question de la constitutionnalité des lois a toujours été dans ce pays une question réglable par les voies de la justice ». La juge saisie de la motion a ensuite résumé la position de la Province à cet égard, qui voulait et qui veut encore que la constitutionnalité des dispositions contestées soit jouée d'avance, vu l'arrêt *Lexogest Inc. et al. c. Manitoba (Attorney General) et al.* Elle s'est ensuite dite d'avis que la norme applicable dans le cadre du premier volet du critère énoncé dans *Borowski* était analogue à celle qui régit les demandes d'injonction interlocutoire : [TRADUCTION] « La Cour n'a pas à déterminer si la partie demanderesse aura gain de cause, mais uniquement si la question est sérieuse, par opposition à futile ou vexatoire » (par. 17). La juge saisie de la motion a clos son analyse en concluant que [TRADUCTION] « [l]es questions soulevées ici sont sérieuses et réglables par les voies de la justice. La motion répond au premier critère ».

[55] Le D^r^ Morgentaler prétend essentiellement qu'il y a lieu d'écarter l'arrêt *Lexogest Inc. et al. c. Manitoba (Attorney General) et al.* et que d'autres décisions judiciaires appuient sa contestation constitutionnelle. Ces propositions sont exposées plus en détail aux par. 45 à 54 de son mémoire :

> [TRADUCTION]
> 45. Dans [*Morgentaler c. New Brunswick (Attorney General) et al.* (1989), 98 R.N.-B. (2^e^) 45, [1989] A.N.-B. n^o^ 311 (QL)] […] le juge Stevenson a examiné des lignes de conduite gouvernementales antérieures au Règlement en litige en l'espèce. La Cour a conclu que le D^r^ Morgentaler était en droit d'avoir gain de cause et lui a accordé un jugement déclaratoire. Elle a dit ceci :
>
> > [TRADUCTION]
> > Les intimés reconnaissent que le gouvernement n'a pas expressément ou formellement adopté de telles lignes de conduite. Il n'a pris aucun règlement en vertu de la *Loi*, prévoyant qu'un avortement est réputé ne pas être un service assuré à moins que deux médecins ne jugent qu'il est nécessaire sur le plan médical et qu'il ne soit pratiqué par un spécialiste dans un hôpital [approuvé]. **On ne saurait se prononcer sur la validité d'un tel**

> **règlement à moins ou avant qu'il ne soit adopté**.
> [En gras dans le mémoire.]

46. Le Règlement en question a été adopté et la présente action a pour objet de contester le texte législatif ainsi que le Règlement. Les dispositions législatives et le Règlement qui sont en litige reflètent les lignes de conduite gouvernementales qui étaient en litige en 1989 dans l'affaire *Morgentaler c. New Brunswick*. [Le D$^{r}$ Morgentaler] avait qualité pour agir dans l'affaire antérieure qui a été instruite au Nouveau-Brunswick. Il est logique qu'il ait maintenant qualité pour contester le Règlement en question.

47. Il ne fait aucun doute que le manque de services d'avortement qui soient disponibles et l'obligation qui est faite aux femmes de payer des services médicaux obtenus en clinique privée constituent une question sérieuse. La Cour supérieure du Québec a statué tout récemment, soit en août 2006, que le gouvernement du Québec avait agi illégalement lorsqu'il avait sciemment permis que des femmes paient des services qui étaient par ailleurs assurés en créant un système qui les forçait à aller à l'extérieur du régime de santé public existant pour obtenir un avortement *(Association pour 1'accès à l'avortement c. Québec (Procureur général),* [2006] J.Q. n$^{o}$ 8654 (C.S.Q.).

48. La [Province] prétend […] que la question de l'inconstitutionnalité ne se pose pas sérieusement étant donné l'arrêt *Lexogest Inc. et a1. c. Manitoba (Attorney General) et al.*, [1993] M.J. No. 54 (C.A. Man.). Dans cette affaire, un Règlement pris en vertu de la *Loi sur l'assurance-maladie* du Manitoba excluait le paiement des avortements thérapeutiques à moins qu'ils n'aient été pratiqués par un médecin dans un hôpital. Ce Règlement avait pour effet de refuser tout paiement relativement aux avortements thérapeutiques pratiqués à la clinique indépendante. La Cour d'appel a statué que le Règlement devait être déclaré inopérant parce qu'il n'était ni accessoire aux dispositions de la loi cadre ni compatible avec ces dispositions.

49. [Dans son mémoire, la Province] cite de longs extraits […] de l'opinion dissidente du [juge d'appel Scott, maintenant juge en chef du Manitoba]. En ce qui concerne la qualité pour agir, le juge Scott a dit que la clinique avait qualité pour contester la validité du Règlement pour le

motif que celui-ci outrepassait la loi habilitante parce qu'il avait une incidence directe sur [son] droit au paiement d'un service médical nécessaire. Il a ensuite examiné la question de la qualité pour agir dans l'intérêt public et a refusé d'exercer le pouvoir discrétionnaire qu'il avait de reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public.

50. [A]près l'instruction complète des questions en litige, [la Cour a statué] qu'on n'avait produit aucun élément de preuve établissant que le Règlement en question portait atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne des femmes qui voulaient obtenir un avortement et qu'il n'y avait donc pas eu violation de l'art. 7 de la *Charte*. Le Règlement dont il était question dans l'affaire *Lexogest* n'est pas identique aux dispositions législatives et au Règlement qui nous occupent ici. Il traitait essentiellement du paiement des services. Voici ce qu'a dit le juge Scott (aux p. 17 et 18) :

> [TRADUCTION]
> Dans leur mémoire, les intimés ont beaucoup insisté sur l'affaire *Morgentaler*. Dans cette décision se rapportant à une instance criminelle, la Cour suprême a invalidé l'art. 251 du *Code criminel* pour le motif qu'il contrevenait à l'art. 7 de la *Charte*. **L'article 251 restreignait fortement l'accès des femmes aux avortements thérapeutiques en exigeant, pour que cette intervention puisse être pratiquée légalement (et encore, seulement dans un hôpital accrédité), qu'elles en obtiennent d'abord la permission du comité de l'avortement thérapeutique de cet hôpital. La Cour a conclu que cet article portait clairement atteinte à l'intégrité psychologique et corporelle des femmes.** Cette atteinte n'était pas conforme avec les principes de justice fondamentale en raison de la procédure et des restrictions imposées par l'art. 251 en ce qui concernait l'accès à l'avortement thérapeutique. Les juges majoritaires, et la juge Wilson dans ses propres motifs, étaient clairement convaincus que c'était la loi elle-même qui, de bien des manières, empêchait de s'adresser aux institutions locales offrant l'avortement thérapeutique. Le juge en chef Dickson, qui rendait jugement en son nom et au nom du juge Lamer (tel était alors son titre), **a souligné que l'ingérence**

> **physique imputable aux délais découlant de l'art. 251 comportait « un risque clair de préjudice pour le bien-être physique d'une femme […]. Il ressort de la preuve que l'art. 251 porte atteinte à l'intégrité psychologique des femmes voulant un avortement »** (à la p 60). […]
>
> Il n'y a pas de preuve semblable en l'espèce. Bien que l'on ait établi que les avortements thérapeutiques peuvent parfois être pratiqués plus rapidement et de façon plus commode à la clinique, on n'a produit en l'espèce aucun élément de preuve établissant que la santé de certaines femmes a été compromise en raison d'un retard à obtenir un avortement à l'hôpital. **De plus, bien entendu, le Règlement en vigueur au Manitoba n'interdit ni ne limite les avortements et il ne prescrit pas non plus à quel endroit ils doivent être pratiqués. Il traite simplement du paiement. Toutes les femmes ont droit à un avortement payé par l'État s'il est pratiqué dans un hôpital.** Les faits dont nous sommes saisis sont considérablement différents de ceux que la Cour suprême du Canada a examinés dans le cadre de l'instance criminelle engagée contre le D[r] Morgentaler et d'autres personnes. [En gras dans le mémoire.]

51. De plus, le juge Scott a dit ce qui suit, à la p. 19 :

> [TRADUCTION]
> L'article 26 de l'annexe H du Règlement du Manitoba n[o] 506/88 R, ne porte pas atteinte, d'après la preuve produite devant nous, au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne des femmes qui veulent obtenir un avortement. Il ne compromet pas d'une façon abusive leur santé et leur sécurité. **Il ne crée pas** « **[u]ne structure administrative comportant des règles inutiles, qui ont pour effet d'accroître le danger pour la santé des femmes enceintes », le juge Beetz dans l'arrêt *Morgentaler*** (à la p. 110). [En gras dans le mémoire.]

52. Il est clair que *Lexogest* peut être écarté. Les textes législatifs présentent d'importantes différences. Le Règlement en litige au Nouveau-Brunswick crée bel et bien

une structure administrative constituée de règles auxquelles il faut satisfaire pour qu'un avortement devienne un service assurable. La première règle veut [[...] qu'il soit certifié par écrit que l'avortement] est médicalement nécessaire. La deuxième règle veut que l'intervention soit pratiquée par un spécialiste agréé en obstétrique et en gynécologie. La troisième règle veut que l'intervention soit pratiquée à un établissement hospitalier approuvé. [Le D^r^ Morgentaler] prétend que ces règles administratives ont pour effet d'ériger une barrière qui fait effectivement obstacle à l'avortement au Nouveau-Brunswick. De plus, si l'on tient compte de la pénurie de médecins de famille au Nouveau-Brunswick, il en résulte des retards dans la prestation des services aux femmes qui veulent obtenir un avortement, ce qui constitue un risque pour la santé des femmes enceintes.

53. La [Province] prétend […] qu'aucun élément de preuve n'établit que l'accès à des avortements médicalement nécessaires est déficient au Nouveau-Brunswick. En toute déférence, c'est là une question qui doit être instruite sur le fond. La [Province] prétend également […] que si le juge Stevenson avait pu tirer profit du témoignage que le D^r^ Morgentaler a rendu en interrogatoire préalable en l'espèce, il aurait refusé de lui reconnaître la qualité pour agir dans l'affaire instruite en 1989, *Morgentaler c. New Brunswick*, précitée. Nous contestons fermement cette prétention.

54. Premièrement, la définition de l'expression « médicalement nécessaire » n'a pas été débattue devant le juge Stevenson. Deuxièmement, l'expression « médicalement nécessaire » n'est définie ni dans le Règlement ni dans la [*Loi sur le paiement des services médicaux*] […]. Il n'existe aucun précédent donnant à penser que la définition que donne la [Province] de l'expression « médicalement nécessaire » sera la bonne. En fait, il existe un précédent provenant de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse selon lequel l'expression « médicalement nécessaire » ne devrait pas être interprétée d'une façon aussi restrictive. Dans l'affaire *Cameron c. Nova Scotia (Attorney General)*, [1999] 177 D.L.R. (4th) 611 (C.A.N.-É.) (autorisation de pourvoi refusée, [1999] C.S.C.R. n^o^ 531), un couple avait sollicité le remboursement des frais d'hôpital et des frais médicaux engagés relativement à une fécondation *in vitro*. La *Health*

> *Services and Insurance Act* et son Règlement disposaient que seuls les frais d'hôpital et les frais médicaux qui étaient médicalement nécessaires étaient assurés. En ce qui concerne la définition de l'expression « médicalement nécessaire », le juge du procès a reconnu que l'expression « médicalement nécessaire » désignait forcément un moyen médical employé à une fin médicale. La Cour d'appel a rejeté cette conclusion :
>
> > [TRADUCTION]
> > 85 Le juge du procès a souscrit à ce raisonnement. Or ce raisonnement ne m'impressionne pas. L'objectif d'un traitement médical n'a certainement pas été défini d'une façon aussi restrictive. **Il n'y a rien dans le libellé de la Loi ou du Règlement qui appuie cette interprétation restrictive. Bien qu'elle ne soit pas dénuée d'une certaine logique superficielle, elle ne tient pas compte de la question fondamentale. Un traitement médical quel qu'il soit a certainement pour objet d'améliorer la qualité de la vie.** Il se peut que la fin immédiate soit ou ne soit pas médicale, mais cela me semble être une distinction qui n'est pas très importante, si tant est qu'elle le soit. Compte tenu de leur objectif final, je suis convaincu que la FIV et l'IICS sont des interventions susceptibles d'être considérées comme médicalement nécessaires. [En gras dans le mémoire.]

[56] Je suis d'accord avec la juge saisie de la motion pour conclure que le D[r] Morgentaler a satisfait au premier volet du critère énoncé dans l'arrêt *Borowski* : l'action sous-jacente constitue une contestation sérieuse de la constitutionnalité de la disposition réglementaire qui est en litige. Les raisons pour lesquelles je tire cette conclusion sont les suivantes : (1) bien que l'arrêt *Lexogest Inc. et al. c. Manitoba et al.* contienne, comme on pouvait s'y attendre, une analyse approfondie des questions soulevées dans cette affaire, il ne tranche pas définitivement la controverse qui existe devant les tribunaux de notre province; (2) la disposition législative dont il était question dans cette affaire et celle qui est examinée en l'espèce ne sont pas identiques; et (3) la

contestation engagée par le D^r^ Morgentaler ne reproduit pas celle qui avait été déposée dans l'affaire *Lexogest Inc. et al. c. Manitoba et al*.

[57] Après avoir signifié son approbation de la concession faite par la Province selon laquelle le D^r^ Morgentaler avait satisfait au deuxième volet du critère énoncé dans l'arrêt *Borowski*, la juge saisie de la motion s'est concentrée sur le troisième et dernier volet du critère : y a-t-il une autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour? La juge saisie de la motion a commencé son analyse en rappelant la prétention de la Province selon laquelle une poursuite intentée par une des nombreuses femmes qui ont eu recours aux services de la clinique depuis son ouverture il y a plus d'une décennie serait un moyen plus efficace de faire instruire la question de la constitutionnalité du Règlement 84-20. Elle a ensuite fait état de la prétention contraire du D^r^ Morgentaler selon laquelle bien que ces femmes soient touchées plus directement par la disposition du Règlement qui est contestée, celles-ci n'engageraient probablement pas la contestation à laquelle donne lieu la présente action.

[58] La juge saisie de la motion a ensuite fait les observations fondamentales suivantes avant de conclure que [TRADUCTION] « [l]es raisons valables pour lesquelles les femmes qui ont subi des avortements à la clinique de Fredericton pourraient ne pas vouloir, ou ne pas pouvoir, soumettre la présente contestation aux tribunaux sont nombreuses » et de statuer que [TRADUCTION] « [l]e Dr Morgentaler est, dans les circonstances, un plaideur de remplacement approprié » (par. 26) :

> [TRADUCTION]
> Au par. 17 de *Morgentaler c. Prince Edward Island (Minister of Health and Social Services)*, [1994] P.E.I.J. No. 16, le juge Jenkins a écrit ce qui suit :
>
> > [TRADUCTION] Comme le requérant, j'estime déraisonnable de s'attendre que, face à tout ce qu'amènent une grossesse et la décision à prendre quant au recours ou non à l'avortement, une femme se conforme à la politique du gouvernement pour la contester ensuite devant les tribunaux dans le très bref laps de temps dont elle dispose. La Cour

> suprême du Canada a exprimé ce point de vue dans *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30. Qui plus est, une grossesse, a fortiori une grossesse non désirée, est inévitablement source, en soi, de stress et d'anxiété, et l'arrêt ou non d'une grossesse est une décision de nature intime et privée (*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 148 et 172).

Le juge Jenkins a conclu que, en raison de la « nature intime et privée » de la décision d'interrompre une grossesse, il n'était pas raisonnable de s'attendre qu'une femme se porte demanderesse dans une contestation judiciaire de mesures législatives.

Dans *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, le demandeur, Vriend, contestait de concert avec trois groupes d'intérêts la loi albertaine relative aux droits de la personne, qui excluait des motifs de distinction illicite l'orientation sexuelle. Vriend avait été renvoyé parce qu'il était homosexuel. La Province a voulu confiner la contestation aux articles qui disposaient sur les pratiques en matière d'emploi. Le juge Cory a rejeté l'argumentation de la Province et indiqué ce qui suit :

> Pour ce qui concerne le troisième critère, la seule autre façon dont notre Cour pourrait être saisie de la question relativement aux autres dispositions serait d'attendre qu'une personne soit victime de discrimination fondée sur son orientation sexuelle en matière d'habitation, de consommation et de services, etc. et qu'elle conteste la validité de la disposition pertinente. Ce serait non seulement peu rentable sur le plan des ressources judiciaires, mais également injuste pour les personnes en cause, parce qu'elles auraient à surmonter les obstacles que sont les délais, les frais et la vulnérabilité personnelle face à la discrimination. Ce résultat ne saurait donner satisfaction.

Le juge MacPherson, de la Cour de l'Ontario, dans une affaire portant également sur des personnes dites « vulnérables », a écrit :

> [TRADUCTION] À mon sens, la requérante satisfait également au troisième volet du critère de l'arrêt *Conseil canadien des Églises*. Il est vrai que des marchands ambulants pourraient contester le

> par. 3(1) de la *Loi* à titre particulier. Cependant, il ne m'apparaît pas que ce soit une manière plus raisonnable et plus efficace de soumettre la question à la cour. La plupart des marchands ambulants disposent de ressources très modestes. Encore qu'ils puissent avoir intérêt juridique pour contester la loi, il est irréaliste, à mon sens, de s'attendre qu'ils le fassent étant donné leur situation financière.
>
> […]
>
> Dans *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265, la Cour a reconnu au demandeur la qualité pour agir, malgré qu'aient été plus précisément touchées d'autres catégories de personnes, parce qu'il n'y avait « pratiquement aucun autre moyen de soumettre la loi contestée à l'examen judiciaire ».

[59] J'estime respectueusement que le dossier étaye amplement la réponse négative de la juge saisie de la motion à la dernière question posée par le critère régissant la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public. Outre les événements décrits dans l'affidavit non contredit de M^me^Liebowitch, le dossier révèle un autre fait pertinent : aucune des nombreuses femmes qui ont eu recours aux services de la clinique au cours des quelque quinze dernières années n'a introduit une instance en vue d'obtenir la mesure déclaratoire que sollicite le D^r^ Morgentaler. Cet état de choses est probablement imputable à deux facteurs qui agissent ensemble : le coût prohibitif des litiges et la « nature intime et privée » de la décision d'interrompre une grossesse : *Morgentaler c. Prince Edward Island (Minister of Health and Social Services)* (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 181 (C.S.Î.-P.-É (Div. 1^re^ inst.), [1994] A.I.P.E. n^o^ 16 (QL)), le juge Jenkins (maintenant juge en chef de l'Île-du-Prince-Édouard). Il vaut également la peine de rappeler que le D^r^ Morgentaler apporte à la cause devant le tribunal des ressources financières et une expertise juridique qui contribueront certainement à équilibrer les forces en présence et accroîtront sensiblement les chances pour qu'une décision judiciaire rendue sur le fond soit pleinement éclairée tant sur le plan des faits que sur le plan juridique. Au bout du compte, je ne trouve absolument rien à redire à la conclusion de la juge du procès voulant que l'action qu'a engagée le D^r^ Morgentaler soit la seule manière

raisonnable et efficace de porter en justice la constitutionnalité de la disposition réglementaire en cause.

IV. Conclusion et dispositif

[60] La décision de reconnaître au D^r^ Morgentaler la qualité pour agir dans l'intérêt public a été prise dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de la juge. L'intervention de notre Cour n'est donc pas indiquée à moins que la décision ne soit fondée sur une erreur de droit, une erreur dans l'application des principes directeurs ou une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve ou encore que la décision ne soit déraisonnable en ce sens qu'il n'y a rien au dossier qui puisse la justifier (voir *Morgentaler c. New Brunswick et al.* (2005), 279 R.N.-B. (2^e^) 115, [2005] A.N.-B. n^o^ 19 (QL), 2005 NBCA 3, (autorisation de pourvoi refusée [2005] C.S.C.R. n^o^ 155), *Doiron c. Haché* (2005), 290 R.N.-B. (2^e^) 79, [2005] A.N.-B. n^o^ 347 (QL), 2005 NBCA 75, au par. 57, et *Beaverbrook Canadian Foundation c. Beaverbrook Art Gallery* (2006), 302 R.N.-B. (2^e^) 161, [2006] A.N.-B. n^o^ 307 (QL), 2006 NBCA 75). Après avoir attentivement examiné le dossier, je suis incapable de déceler ne serait-ce que l'ombre d'une erreur justifiant l'infirmation de sa décision dans les motifs pour lesquels la juge saisie de la motion a reconnu au D^r^ Morgentaler la qualité pour agir dans l'intérêt public. Il n'a pas été établi que l'intervention de la Cour d'appel est justifiée.

[61] Je me vois donc dans l'obligation de rejeter l'appel. Je suis d'avis de clore l'instance devant notre Cour en condamnant la Province à payer des dépens que je fixerais à 5 000 $.

APPENDIX “A” / ANNEXE “A”

Sections 7, 15 and 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*:

Articles 7 et 15 et par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* :

**7.** Everyone 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.

**7.** Chacun 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.

**15.** (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

**15.** (1) La loi ne fait acception de personne et s’applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’âge ou les déficiences mentales ou physiques.

[…]

[…]

**24.** (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

**24.** (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s’adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982*:

Paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* :

**52**(1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

**52**(1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Rules 1.02, 1.03 of the *Rules of Court*:

Règles 1.02 et 1.03 des *Règles de procédure* :

**1.02 Application**

These rules apply to all proceedings in the Court of Queen's Bench and the Court of Appeal unless some other procedure is provided under an Act.

**1.02 Champ d'application**

À moins qu'une autre procédure ne soit prévue dans une loi, les présentes règles régissent toutes les instances devant la Cour du Banc de la Reine et la Cour d'appel.

**1.03 Interpretation**

(1) Except where a contrary intention appears, the *Interpretation Act* and the interpretation section of the *Judicature Act* apply to these rules.

**1.03 Principes d'interprétation**

(1) À moins que le contexte n'indique une intention contraire, la *Loi d'interprétation* et l'article des définitions de la *Loi sur l'organisation judiciaire* s'appliquent aux présentes règles.

Rules 23.01(1)(a) and (b), 23.01(2)(b), 23.02 of the *Rules of Court*:

Règles 23.01(1)a) et b), 23.01(2)b), et 23.02 des *Règles de procédure* :

**DETERMINATION OF QUESTIONS BEFORE TRIAL**

**23.01 Where Available**

(1) The plaintiff or a defendant may, at any time before the action is set down for trial, apply to the court

(a) for the determination prior to trial, of any question of law raised by a pleading in the action where the determination of that question may dispose of the action, shorten the trial, or result in a substantial saving of costs,

(b) to strike out a pleading which does not disclose a reasonable cause of action or defence, or

[…]

**DÉCISIONS PRÉJUDICIELLES**

**23.01 Applicabilité**

(1) Le demandeur ou le défendeur peut, avant la mise au rôle de l'action, demander à la cour

a) que toute question de droit soulevée par une plaidoirie dans l'action en cours soit tranchée avant le procès, si la solution de cette question peut régler le litige, abréger le procès ou réduire considérablement les frais,

b) qu'une plaidoirie qui ne révèle aucune cause d'action ni de défense raisonnable soit radiée ou

[…]

**23.01**(2) A defendant may, at any time before the action is set down for trial, apply to the court to have the action stayed or dismissed on the ground that

[…]

(b) the plaintiff does not have legal capacity to commence or continue the action, or

[…]

**23.02 Evidence**

Except with leave of the court, on applications under Rule 23.01(1), evidence shall not be admitted except

[…]

(b) affidavits which are necessary to identify a document or prove its execution.

**23.01**(2) Le défendeur peut, avant la mise au rôle de l'action, demander à la cour de suspendre ou de rejeter l'action au motif

[…]

b) que le demandeur n'a pas la capacité d'introduire ou de continuer l'action ou

[…]

**23.02 Preuve**

Sauf avec permission de la cour, aucune preuve n'est admise dans des demandes présentées en application de la règle 23.01(1), excepté

[…]

b) les affidavits nécessaires pour identifier un document ou prouver sa passation.

Rules 27.07(1) and 27.09 of the *Rules of Court*:

Règles 27.07(1) et 27.09 des *Règles de procédure* :

**27.07 Rules of Pleading - Applicable to Defence and Reply**

*Admissions and Denials*

(1) A party, in his defence or reply, shall deny every allegation of fact in the pleading of the opposite party which he disputes; all other allegations of fact in the pleading of the opposite party shall be deemed to be admitted unless the party pleading alleges that he has no knowledge thereof.

**27.09 Striking Out a Pleading or Other Document**

**27.07 Règles de la plaidoirie applicables à la défense et à la réplique**

*Aveux et dénégations*

(1) Dans sa défense ou sa réplique, une partie doit nier chaque allégation de fait qu'elle conteste dans la plaidoirie de son adversaire. Toutes les autres allégations de fait contenues dans la plaidoirie de la partie adverse seront réputées admises à moins que le plaideur ne déclare n'en avoir aucune connaissance.

**27.09 Radiation d'une plaidoirie ou de quelque autre document**

| | |
|---|---|
| The court may strike out any pleading, or other document, or any part thereof, at any time, with or without leave to amend, upon such terms as may be just, on the ground that it | La cour peut toujours annuler une plaidoirie ou un autre document en tout ou en partie, avec ou sans permission de les modifier et aux conditions qu'elle estime justes, au motif que l'écrit en question |
| (a) may prejudice, embarrass or delay the fair trial of the action, | a) peut compromettre, gêner ou retarder le jugement équitable de l'action, |
| (b) is scandalous, frivolous or vexatious, or | b) est scandaleux, frivole ou vexatoire ou |
| (c) is an abuse of the process of the court. | c) constitue un usage abusif de la procédure judiciaire. |

Sections 2(1) and 2.01(b) of the *Medical Services Payment Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-7:

Paragraphes 2(1) et 2.01b) de la *Loi sur le paiement des services médicaux*, L.R.N.-B. 1973, ch. M-7 :

| | |
|---|---|
| **2**(1) The provincial authority shall take such action as is necessary | **2**(1) L'autorité provinciale doit prendre les mesures nécessaires |
| *(a)* to establish a medical services plan | *a)* à la création d'un régime de services médicaux |
| […] | […] |
| (ii) that provides payment for the furnishing of entitled services upon uniform terms and conditions to all beneficiaries in the Province, | (ii) qui prend en charge la fourniture de services assurés à des conditions uniformes pour tous les bénéficiaires de la province[.] |
| […] | […] |
| **2.01** Notwithstanding any other provision of this Act, the medical services plan shall not provide payment for | **2.01** Nonobstant toute autre disposition de la présente loi, le régime de services médicaux ne prend pas en charge |
| […] | […] |
| *(b)* entitled services furnished in a private hospital facility in the Province, or | *b)* la fourniture des services assurés dans un établissement hospitalier privé dans la province, ou |
| […] | […] |

Paragraph (a.1) in Schedule 2 to Regulation 84-20 under the *General Regulation - Medical Services Payment Act*:

Alinéa (a.1) de l'Annexe 2 du règlement 84-20, *Règlement général - Loi sur le paiement des services médicaux* :

| SCHEDULE 2 | ANNEXE 2 |
|---|---|
| The following are deemed not to be entitled services: | Ne sont pas réputés être des services assurés : |
| […] | […] |
| *(a.1)* abortion, unless the abortion is performed by a specialist in the field of obstetrics and gynaecology in a hospital facility approved by the jurisdiction in which the hospital facility is located and two medical practitioners certify in writing that the abortion was medically required; | *a.1)* l'avortement, sauf lorsqu'effectué par un spécialiste en obstétrique et en gynécologie à un établissement hospitalier approuvé par la juridiction où est situé l'établissement hospitalier, et que deux médecins ont certifié par écrit que l'avortement était médicalement nécessaire[.] |