

Christine Naglik *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and between

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Christine Naglik *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the
Attorney General of Quebec and the
Attorney General for Alberta** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. NAGLIK

File Nos.: 22490, 22636.

1993: April 5; 1993: September 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Funda-
mental justice — Mens rea — Failure to provide neces-
saries — Accused convicted of failing to provide neces-
saries of life to infant son — Whether objective
standard of conduct applicable — Whether objective
standard violates s. 7 of Canadian Charter of Rights and
Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s.
215.*

*Criminal law — Failure to provide necessities —
Mens rea — Accused convicted of failing to provide
necessaries of life to infant son — Whether objective
standard of conduct applicable — Whether objective
standard violates s. 7 of Canadian Charter of Rights and
Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s.
215.*

Christine Naglik *Appelante*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et entre

^b **Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

^c **Christine Naglik** *Intimée*

et

^d **Le procureur général du Canada, le
procureur général du Québec et le
procureur général de l'Alberta** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. NAGLIK

^e N^{os} du greffe: 22490, 22636.

1993: 5 avril; 1993: 9 septembre.

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

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

^g *Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice
fondamentale — Mens rea — Manquement à l'obliga-
tion de fournir les choses nécessaires à l'existence —
Accusée reconnue coupable d'avoir omis de fournir à
son fils en bas âge les choses nécessaires à l'existence
— Convient-il d'appliquer une norme objective de con-
duite? — La norme objective enfreint-elle l'art. 7 de la
Charte canadienne des droits et libertés? — Code crimi-
nel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 215.*

^j *Droit criminel — Manquement à l'obligation de four-
nir les choses nécessaires à l'existence — Mens rea —
Accusée reconnue coupable d'avoir omis de fournir à
son fils en bas âge les choses nécessaires à l'existence
— Convient-il d'appliquer une norme objective de con-
duite? — La norme objective enfreint-elle l'art. 7 de la
Charte canadienne des droits et libertés? — Code crimi-
nel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 215.*

Criminal law — Trial — Charge to jury — Jury asking whether they had “to agree on guilty or not guilty” — Trial judge answering that they had to be “unanimous one way or the other” — Whether charge in error.

The appellant and her common law husband were charged with aggravated assault of, and failure to provide necessities of life to, their infant son. The infant, then aged 11 weeks, had been brought to hospital, where he was found to have sustained a number of serious injuries which had caused permanent damage. The injuries had been sustained over a period of time, estimated by physicians to be four weeks. The appellant gave exculpatory statements concerning her child's condition to police and other authorities which were inconsistent with the medical evidence at trial. She did not testify at trial. Her common law husband did testify, denying any involvement in causing the injuries to the child, and claiming that the appellant was the child's primary caregiver. His counsel obtained permission to comment on the appellant's failure to testify. In his charge to the jury, the trial judge remarked that the appropriate test to be applied to the charge of failure to provide necessities was an objective one, and that the jury should convict if they were of the view that the parent “knew, or ought to have known, the seriousness of the child's condition and that it required medical attention”. After the jury had retired, they returned to ask “Do we have to agree on guilty or not guilty?” The trial judge answered that they had to be “unanimous one way or the other”. The jury returned verdicts of guilty on both counts for both accused. The Court of Appeal allowed the appellant's appeal from her conviction on the count of failure to provide necessities and ordered a new trial on that count, on the basis that lack of subjective knowledge or honest belief (whether reasonable or not) were sufficient to negate the *mens rea* for the offence. The court also found that the comment by counsel for the co-accused on the appellant's failure to testify was not prohibited by s. 4(6) of the *Canada Evidence Act*, by the common law or by s. 11(c) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and the majority of the court found there was no error in the charge to the jury. The appellant appealed the ruling with respect to comment by counsel for a co-accused and with respect to the charge to the jury. The Crown cross-appealed the Court of Appeal's

Droit criminel — Procès — Directives au jury — Le jury a demandé s'il devait s'entendre «sur un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité» — Le juge du procès a répondu que les jurés devaient se prononcer «à l'unanimité dans un sens ou dans l'autre» — Cette directive était-elle erronée?

L'appelante et son conjoint de fait ont été accusés de voies de fait graves commises contre leur bébé et accusés également d'avoir manqué à l'obligation de lui fournir les choses nécessaires à l'existence. Le bébé, alors âgé de 11 semaines, avait été amené à l'hôpital où l'on a constaté plusieurs lésions graves lui ayant causé un préjudice permanent. Ces lésions avaient été subies au cours d'une période que les médecins ont estimée à quatre semaines. L'appelante a fait à la police et à d'autres autorités concernant l'état de son enfant des déclarations disculpatoires qui contredisaient la preuve médicale produite au procès. L'appelante n'a pas témoigné au procès. Son conjoint de fait, de son côté, a donné un témoignage dans lequel il disait n'avoir été pour rien dans les lésions causées à l'enfant et affirmait que c'était surtout l'appelante qui en prenait soin. L'avocat du conjoint de fait a obtenu l'autorisation de commenter le défaut de l'appelante de témoigner. Dans ses directives au jury, le juge du procès a indiqué que c'est un critère objectif qu'il convenait d'appliquer à l'accusation d'avoir manqué à l'obligation de fournir les choses nécessaires à l'existence, et que le jury devait conclure à la culpabilité s'il estimait que le parent «savait, ou aurait dû savoir, que l'état de l'enfant était grave et que des soins médicaux s'imposaient». Après s'être retiré, le jury est revenu demander: «Faut-il que nous nous entendions sur un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité?» Le juge du procès a répondu qu'ils devaient se prononcer «à l'unanimité dans un sens ou dans l'autre». Le jury a rendu à l'égard des deux accusés un verdict de culpabilité relativement aux deux chefs d'accusation. La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'appelante contre le verdict de culpabilité rendu contre elle relativement à l'accusation d'avoir omis de fournir les choses nécessaires à l'existence et a ordonné la tenue d'un nouveau procès portant sur ce chef, et ce, au motif que l'absence de connaissance subjective ou la croyance sincère (qu'elle soit raisonnable ou non) suffisait pour écarter la *mens rea* requise pour l'infraction. La cour a conclu en outre que les commentaires faits par l'avocat du coaccusé de l'appelante sur le fait que celle-ci n'a pas témoigné n'étaient interdits ni par le par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*, ni par la common law, ni par l'al. 11c) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. De plus, les juges majoritaires ont décidé que les directives au jury n'étaient entachées d'aucune

ruling with respect to the *mens rea* for failure to provide necessities.

Held (L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting in part): The appeal and cross-appeal should be allowed. The appellant's convictions on both counts should be set aside and a new trial ordered on each count.

(1) *Mens Rea for Failure to Provide Necessaries*

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.: Lamer C.J.'s reasons were agreed with respecting the *mens rea* for s. 215, except his adoption of the objective test for penal negligence discussed in *R. v. Gosset*. For the reasons given in *R. v. Creighton*, in determining what the accused "ought to have known", the trier of fact must determine the conduct of the reasonable person when engaging in the particular activity of the accused in the specific circumstances that prevailed. These circumstances do not include the personal characteristics of the accused, short of characteristics which deprived her of the capacity to appreciate the risk. Youth, inexperience, and lack of education were not suggested on the evidence to deprive the accused of the capacity to appreciate the risk associated with neglecting her child. Therefore, she must be held to the standard of the reasonably prudent person.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Iacobucci and Major JJ.: While there is no language in s. 215 such as "ought to have known" indicating that Parliament intended an objective standard of fault, the reference to the failure to perform a "duty" suggests that the accused's conduct in a particular circumstance is to be determined on an objective, or community, standard. The concept of a duty indicates a societal minimum which has been established for conduct: as in the law of civil negligence, a duty would be meaningless if every individual defined its content for him or herself according to his or her subjective beliefs and priorities. The policy goals of the provision support this interpretation. Section 215 is aimed at establishing a uniform minimum level of care to be provided for those to whom it applies, and this can

erreur. L'appelante s'est pourvu contre l'arrêt relativement aux commentaires de l'avocat de son coaccusé et aux directives au jury. Le ministère public a formé un pourvoi incident attaquant la conclusion de la Cour d'appel touchant la *mens rea* que requiert l'infraction d'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents en partie): Le pourvoi et le pourvoi incident sont accueillis. Les verdicts de culpabilité rendus contre l'appelante relativement aux deux chefs d'accusation sont annulés et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée relativement à chacun de ces chefs.

(1) *La mens rea dans le cas de l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence*

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin: L'opinion du juge en chef Lamer relativement à la *mens rea* requise par l'art. 215 est acceptée, sauf en ce qui concerne son adoption du critère objectif en matière de négligence pénale, dont il est question dans l'arrêt *R. c. Gosset*. Pour les motifs exposés dans l'arrêt *R. c. Creighton*, le juge des faits, lorsqu'il détermine ce qu'«aurait dû savoir» l'accusée, doit établir comment se serait conduite une personne raisonnable se livrant à la même activité que l'accusée dans les mêmes circonstances. Celles-ci ne comprennent pas les caractéristiques personnelles de l'accusée, si ce n'est celles qui ont pu la priver de la capacité d'apprécier le risque. Or, d'après la preuve, l'accusée ne s'est pas trouvée, pour cause de jeunesse, d'inexpérience et de manque d'instruction, dans l'incapacité d'apprécier le risque qu'il y avait à négliger son enfant. Par conséquent, c'est la norme de la personne raisonnablement prudente qui doit s'appliquer dans son cas.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Iacobucci et Major: Bien qu'on ne retrouve à l'art. 215 aucune expression du genre «aurait dû savoir» indiquant l'intention du législateur d'établir une norme objective de faute, le fait qu'il y est question de l'omission de remplir une «obligation» donne à entendre que la conduite de l'accusé dans des circonstances particulières est à apprécier selon une norme objective, c'est-à-dire une norme de la société. La notion d'obligation évoque une exigence sociale minimale fixée à l'égard d'une conduite donnée: comme dans le domaine de la négligence civile, une obligation serait vide de sens si chacun en définissait le contenu selon ses croyances et ses priorités personnelles. Voilà une interprétation que viennent appuyer les objectifs d'intérêt public visés par la dispo-

only be achieved if those under the duty are held to a societal, rather than a personal, standard of conduct.

Section 215(2)(a)(ii) makes the failure to fulfil the duty to provide necessities an offence where "the failure to perform the duty endangers the life of the person to whom the duty is owed, or causes or is likely to cause the health of that person to be endangered permanently". It thus punishes a marked departure from the conduct of a reasonably prudent parent in circumstances where it was objectively foreseeable that the failure to provide the necessities of life would lead to a risk of danger to the life, or a risk of permanent endangerment to the health, of the child. The Crown must prove beyond a reasonable doubt both that the circumstances listed in subs. (2)(a)(ii) were objectively foreseeable in the circumstances, and that the conduct of the accused represented a marked departure from the standard of care required by those circumstances. This objective basis of criminal liability does not *per se* violate the *Charter*. Nor does a conviction under s. 215 carry with it such social stigma and such a severe penalty that a conviction based on penal negligence would violate s. 7 of the *Charter*. While a conviction under s. 215(2)(a)(ii) will no doubt result in the stigmatization, or even vilification, of the accused, this stigmatization is neither unfairly disproportionate nor unrelated to the culpable conduct of which the accused was found guilty. The lack of a minimum penalty means that the sentencing judge can tailor the sentence to the circumstances of the particular offence and offender, eliminating the danger of the accused being punished to a degree out of proportion to the level of fault actually found to exist. The availability of a defence of lawful excuse in s. 215(2) also serves to prevent the punishment of the morally innocent, even where the accused fails to meet the standard of care imposed by the objective test of penal negligence.

(2) *Charge to the Jury*

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: Answers to ques-

sition en cause. L'article 215 a en effet pour but l'établissement d'un niveau minimal uniforme de soins à fournir aux personnes auxquelles il s'applique. Or, cela ne peut se réaliser que si ceux auxquels incombe l'obligation sont tenus de respecter dans leur conduite une norme de la société plutôt qu'une norme personnelle.

Le sous-alinéa 215(2)a(ii) fait de l'omission de remplir l'obligation de fournir les choses nécessaires à l'existence une infraction lorsque «l'omission de remplir l'obligation met en danger la vie de la personne envers laquelle cette obligation doit être remplie, ou expose, ou est de nature à exposer, à un péril permanent la santé de cette personne». Cette disposition frappe donc d'une sanction un écart marqué par rapport à la conduite d'un parent raisonnablement prudent dans des circonstances où il était objectivement prévisible que l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence risquerait de mettre en danger la vie de l'enfant ou d'exposer sa santé à un péril permanent. Le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable à la fois que les circonstances exposées au sous-al. (2)a(ii) étaient objectivement prévisibles dans les circonstances et que la conduite de l'accusé représentait un écart marqué par rapport à la norme de diligence devant être respectée dans ces circonstances. Ce fondement objectif de la responsabilité criminelle ne va pas en soi à l'encontre de la *Charte*. De plus, une déclaration de culpabilité d'une infraction à l'art. 215 n'entraîne pas des stigmates tels et une peine à ce point sévère qu'un verdict de culpabilité fondé sur la négligence pénale constituerait une violation de l'art. 7 de la *Charte*. Bien qu'une déclaration de culpabilité en vertu du sous-al. 215(2)a(ii) attire sans doute sur l'accusé la stigmatisation, voire le déshonneur, cette stigmatisation n'est ni injustement disproportionnée ni dépourvue de lien avec la conduite blâmable dont il a été reconnu coupable. L'absence de peine minimale permet au juge chargé de la fixation de la peine d'adapter celle-ci aux circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise et à la situation propre au contrevenant. Se trouve ainsi écarté le danger que l'accusé subisse une peine disproportionnée au degré de faute à l'existence duquel on a en fait conclu. La possibilité qu'offre le par. 215(2) d'invoquer une défense d'excuse légitime sert également à mettre à l'abri de la sanction les personnes moralement innocentes, même dans un cas où l'accusé ne satisfait pas à la norme de diligence imposée par le critère objectif de la négligence pénale.

(2) *Les directives au jury*

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Les

tions from the jury are extremely important, and carry influence far exceeding instructions given in the main charge. If the jury asks a question about an issue addressed in the main charge, it is clear that they did not understand or remember that part of the main charge, and it is also clear that they must exclusively rely on the answer given by the trial judge to resolve any confusion or debate on the point which may have taken place in the jury room during their deliberations up to that point. The trial judge's answer to the jury's question in this case, which gave the jury the impression that they had no right to disagree, superseded the initial instruction in the minds of the jury. Accordingly, it is possible, if not likely, that the jury members resumed their deliberations with the mistaken impression that they were required to reach a verdict, and that they had misunderstood the earlier reference to their right to disagree. Given this error, a new trial must be ordered on both counts.

Per L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. (dissenting on this issue): The trial judge's charge to the jury contained no error. There is no suggestion that the response to the jury's query failed to satisfy their concerns or that it raised further doubts as to the previous instructions. The charge must be read as a whole. Here the trial judge had already made it clear to the jury in his initial instructions that they had the right to disagree, and an appellate court should assume that such instructions are understood. The question as formulated by the jury shows that the members were not under any misapprehension about their ability to disagree, but rather that they were uncertain as to whether or not they needed to be unanimous in reaching a verdict. To that specific interrogation, the trial judge gave a full, careful and correct response. There is no further obligation to provide answers to questions that are not asked. Moreover, any doubt was completely laid to rest by the fact that the jurors were individually polled at the request of counsel for the appellant. The principal appeal should be dismissed, the cross-appeal allowed and the conviction restored.

(3) *Comment by Counsel for Co-Accused on Accused's Failure to Testify*

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: It is not necessary to address the issue relating to comment by counsel for a co-accused since a new trial is to be held given the disposition regarding the charge to the jury.

réponses aux questions du jury revêtent une importance capitale, et leur effet dépasse de loin celui des directives principales. Si le jury pose une question concernant un point traité dans celles-ci, il est évident que les jurés n'ont pas compris ou qu'ils ont oublié cette partie des directives principales. Il est évident aussi qu'ils doivent compter exclusivement sur la réponse donnée par le juge du procès pour dissiper toute confusion ou régler tout débat sur ce point qui ont pu survenir jusque-là au cours de leurs délibérations. Dans l'esprit des jurés en l'espèce, la réponse du juge du procès à leur question, qui leur a donné l'impression qu'ils n'avaient aucun droit d'être en désaccord, prenait le pas sur les directives initiales. Il est en conséquence possible, sinon probable, que, quand ils ont repris leurs délibérations, les jurés croyaient à tort devoir en arriver à un verdict, et qu'ils avaient mal compris la mention antérieure de leur droit au désaccord. Compte tenu de cette erreur, il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur les deux chefs d'accusation.

Les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier (dissidents sur ce point): L'exposé du juge au jury n'était pas erroné. Rien ne laisse entendre que la réponse à la question ne permettait pas au jury de satisfaire à ses préoccupations ou qu'elle soulevait d'autres doutes relativement aux directives antérieures. L'exposé au jury doit être examiné dans son ensemble. En l'espèce, le juge du procès avait déjà clairement expliqué aux jurés dans ses directives initiales qu'ils avaient le droit d'être en désaccord, et une cour d'appel devrait présumer que ces directives ont été comprises. D'après la question telle que formulée par le jury, les jurés savaient qu'ils pouvaient être en désaccord, mais ils n'étaient pas certains s'ils devaient être unanimes pour rendre un verdict. Relativement à la question spécifique posée, le juge du procès a donné une réponse soignée et correcte. Il n'existe pas d'obligation de répondre à des questions qui n'ont pas été posées. D'autre part, les doutes pouvant subsister ont été dissipés lorsque, à la demande de l'avocat de l'appelante, on a procédé à une vérification individuelle du verdict. Le pourvoi principal doit être rejeté, le pourvoi incident doit être accueilli et la déclaration de culpabilité doit être rétablie.

(3) *Les commentaires de l'avocat du coaccusé sur le défaut de l'accusée de témoigner*

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Point n'est besoin d'aborder la question des commentaires de l'avocat du coaccusé, puisqu'il doit y avoir un nouveau procès compte tenu de la conclusion relativement aux directives données au jury.

Per L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: There is no rule of law prohibiting such comment, which is permitted as part and parcel of the right of an accused to make full answer and defence.

Cases Cited

By McLachlin J.

Followed: *R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3.

By Lamer C.J.

Referred to: *R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *R. v. Wickham*; *R. v. Ferrara*; *R. v. Bean* (1971), 55 Cr. App. R. 199; *De Luna v. United States*, 308 F.2d 140 (1962); *R. v. Boss* (1988), 46 C.C.C. (3d) 523; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *R. v. Cuff* (1989), 49 C.C.C. (3d) 65; *R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Lewis* (1903), 7 C.C.C. 261; *R. v. Steele* (1952), 102 C.C.C. 273; *R. v. Atikian* (1990), 62 C.C.C. (3d) 357; *Latour v. The King*, [1951] S.C.R. 19; *R. v. Leveque*, [1992] 5 W.W.R. 391; *R. v. Degg* (1981), 58 C.C.C. (2d) 387; *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867; *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting in part)

R. v. Creighton, [1993] 3 S.C.R. 3; *Latour v. The King*, [1951] S.C.R. 19; *R. v. DeMarco* (1973), 13 C.C.C. (2d) 369; *Laforet v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 869; *R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 4(6).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(c), 24(1).

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 197.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 215.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1991), 3 O.R. (3d) 385, 65 C.C.C. (3d) 272, 46 O.A.C. 81, setting aside the appellant's conviction on a charge of failure to provide necessities and upholding her conviction on a charge of aggravated assault.

Les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier: Il n'existe aucune règle de droit qui interdise de tels commentaires, qui sont permis comme faisant partie intégrante du droit d'un accusé à une défense pleine et entière.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêts suivis: *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3.

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts mentionnés: *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *R. c. Wickham*; *R. c. Ferrara*; *R. c. Bean* (1971), 55 Cr. App. R. 199; *De Luna c. United States*, 308 F.2d 140 (1962); *R. c. Boss* (1988), 46 C.C.C. (3d) 523; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *R. c. Cuff* (1989), 49 C.C.C. (3d) 65; *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Lewis* (1903), 7 C.C.C. 261; *R. c. Steele* (1952), 102 C.C.C. 273; *R. c. Atikian* (1990), 62 C.C.C. (3d) 357; *Latour c. The King*, [1951] R.C.S. 19; *R. c. Leveque*, [1992] 5 W.W.R. 391; *R. c. Degg* (1981), 58 C.C.C. (2d) 387; *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867; *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente en partie)

R. c. Creighton, [1993] 3 R.C.S. 3; *Latour c. The King*, [1951] R.C.S. 19; *R. c. DeMarco* (1973), 13 C.C.C. (2d) 369; *Laforet c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 869; *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11(c), 24(1).

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 215.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 197.

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 4(6).

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 3 O.R. (3d) 385, 65 C.C.C. (3d) 272, 46 O.A.C. 81, qui a annulé le verdict de culpabilité rendu contre l'appelante relativement à l'accusation d'avoir manqué à l'obligation de fournir les choses nécessaires à l'existence, et qui a confirmé le verdict de culpabilité rendu contre elle relativement à l'accusation de voies de fait graves. Pourvoi et pourvoi

Appeal and cross-appeal allowed, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting in part.

Irwin Koziembrocki, for the appellant and cross-respondent Naglik.

David B. Butt, for the respondent and cross-appellant Her Majesty The Queen.

Ingrid C. Hutton, Q.C., and *Kathleen Lyons*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Jacques Gauvin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Paul C. Bourque, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The reasons of Lamer C.J. and Sopinka, Iacobucci and Major JJ. were delivered by

LAMER C.J. —

I. Facts

In 1987, Christine Naglik (to whom I shall refer as "Naglik", as she is both appellant and respondent before this Court) and her common law husband, Peter Geoffrey Pople, were charged with the aggravated assault of, and failure to provide necessities of life to, their infant son Peter Naglik. The Crown proceeded by indictment. The evidence established that Peter Naglik, then aged 11 weeks, was brought to hospital where he was found to have sustained a number of serious injuries (including a broken collarbone, fractured ribs in at least 15 places, a fractured vertebra, two separate skull fractures, and haemorrhaging of the brain and the retina) which had caused permanent damage. The injuries had been sustained over a period of time, estimated by physicians to be four weeks. Naglik gave exculpatory statements concerning her child's condition to police and other authorities which were inconsistent with the medical evidence at trial. At trial before a judge and jury, Naglik did not testify. Pople did testify, denying any involvement in causing the injuries to the child, and

incident accueillis, les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents en partie.

Irwin Koziembrocki, pour l'appelante et l'intimée au pourvoi incident Naglik.

David B. Butt, pour l'intimée et l'appelante au pourvoi incident Sa Majesté la Reine.

Ingrid C. Hutton, c.r., et *Kathleen Lyons*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Jacques Gauvin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Paul C. Bourque, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Iacobucci et Major rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER —

I. Les faits

En 1987, Christine Naglik (ci-après appelée «Naglik» vu sa double qualité d'appelante et d'intimée devant notre Cour) et son conjoint de fait, Peter Geoffrey Pople, ont été accusés de voies de fait graves commises contre leur bébé Peter Naglik et accusés également d'avoir manqué à l'obligation de lui fournir les choses nécessaires à l'existence. Le ministère public a décidé de poursuivre sur acte d'accusation. D'après la preuve, Peter Naglik, alors âgé de 11 semaines, a été amené à l'hôpital où l'on a constaté plusieurs lésions graves (notamment une fracture de la clavicule, au moins 15 fractures des côtes, une fracture d'une vertèbre, deux fractures distinctes du crâne et une hémorragie cérébrale et rétinienne) qui lui avaient causé un préjudice permanent. Ces lésions avaient été subies au cours d'une période que les médecins ont estimée à quatre semaines. Naglik a fait à la police et à d'autres autorités concernant l'état de son enfant des déclarations disculpatoires qui contredisaient la preuve médicale produite au procès. Celui-ci s'est déroulé devant un juge et un jury et Naglik

claiming that Naglik was the child's primary caregiver.

Pople's counsel sought, and obtained, permission to comment on the failure of Naglik to testify. The trial judge allowed the comment, warning counsel that it had "better be within the bounds of propriety". In his address, Pople's counsel stated, in part:

The evidence shows that it must have been at least one of them. Now, he has sworn before you that it wasn't him. Your eyes turn to the other and she does not get up and deny it. Her counsel makes an effort to put it on Peter Pople, to accuse him conjecturally, but she doesn't get up or explain anything or accuse anyone.

In response, Naglik's counsel explained s. 11(c) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and pointed out that she had made exculpatory statements to various persons in authority at the first opportunity, unlike Pople. Naglik's counsel also moved for a mistrial because of the comment, but the motion was denied.

In his charge to the jury, the trial judge remarked that, under s. 215 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (formerly s. 197), the appropriate test to be applied was an objective one, and that the jury should convict if they were of the view that the parent "knew, or ought to have known, the seriousness of the child's condition and that it required medical attention".

With respect to the need for a unanimous verdict, the trial judge initially charged the jury as follows:

In other words, each and all of you must agree on each verdict that you see fit to return with respect to each accused. It is your right to disagree but I know you will do your best to come to an agreement. This trial has involved considerable time and expense and there have been the lives of people, your lives, the lives of wit-

n'y a pas témoigné. Pople, de son côté, a donné un témoignage dans lequel il disait n'avoir été pour rien dans les lésions causées à l'enfant et affirmait que c'était surtout Naglik qui en prenait soin.

L'avocat de Pople a demandé l'autorisation de commenter le défaut de Naglik de témoigner. Le juge du procès la lui a accordée, mais l'a prévenu qu'il devait [TRADUCTION] «veiller à ne pas dépasser les bornes». Dans son exposé, l'avocat de Pople a dit notamment:

[TRADUCTION] Il ressort de la preuve qu'au moins un des deux doit être coupable. Or, M. Pople a témoigné devant vous que ce n'est pas lui. Reste donc la coaccusée, qui ne s'est pas présentée pour nier sa responsabilité. Son avocat tente d'imputer la responsabilité à Peter Pople, de l'accuser par conjecture, mais la coaccusée, elle, ne se présente pas, n'explique rien ni n'accuse personne.

En réponse, l'avocat de Naglik a invoqué l'al. 11(c) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et fait remarquer que Naglik, à la différence de Pople, avait, dès que l'occasion s'était présentée, fait des déclarations disculpatoires à différentes personnes en autorité. L'avocat a en outre demandé que le procès soit déclaré nul en raison des commentaires susmentionnés, mais sa requête a été rejetée.

Dans ses directives au jury, le juge du procès a indiqué que, pour ce qui est de l'art. 215 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (auparavant l'art. 197), c'est un critère objectif qu'il convenait d'appliquer et que le jury devait conclure à la culpabilité s'il estimait que le parent [TRADUCTION] «savait, ou aurait dû savoir, que l'état de l'enfant était grave et que des soins médicaux s'imposaient».

En ce qui concerne la nécessité d'un verdict unanime, le juge du procès a d'abord donné au jury les directives suivantes:

[TRADUCTION] En d'autres termes, chacun d'entre vous doit être d'accord sur chaque verdict que vous jugez bon de rendre à l'égard de chacun des accusés. Vous avez le droit d'être en désaccord, mais je sais que vous ferez de votre mieux pour tomber d'accord. Le procès a pris beaucoup de temps et entraîné des dépenses considé-

nesses, have been disrupted and I am certain that no other jury can deal with this matter better than you.

The jury retired at 3:08 p.m. They returned to ask a question at 3:35 p.m., which the trial judge answered, and then again at 4:35 p.m., when they asked "Do we have to agree on guilty or not guilty?" The trial judge answered this question as follows:

Your question is "do we have to agree on guilty or not guilty". Well, the 12 of you have to agree on a verdict of guilty or not guilty with respect to count one and with respect to each accused. In other words, you must be unanimous one way or the other with respect to each accused and with respect to each count. Is that confusing?

In other words, you have to look at count one and you have to consider the evidence with respect to each accused and bring in your verdict one way or the other. The 12 of you have to come to a decision one way or the other.

The jury returned verdicts of guilty on both counts for both Naglik and Pople at 8:08 p.m., and was polled at the request of defence counsel. Both were sentenced to four and one-half years on the first count (aggravated assault) and two years on the second count (failure to provide necessaries), to be served concurrently.

The Ontario Court of Appeal allowed Naglik's appeal from her conviction on the second count (failure to provide necessaries), set aside the conviction, and ordered a new trial on that count: (1991), 3 O.R. (3d) 385, 65 C.C.C. (3d) 272, 46 O.A.C. 81.

Naglik has appealed the Court of Appeal's ruling with respect to comment by counsel for a co-

rables, et la vie de plusieurs — la vôtre et celle des témoins — a été perturbée. Je suis convaincu qu'aucun autre jury ne pourrait faire mieux que vous.

Le jury s'est retiré à 15 h 08 pour revenir à 15 h 35 poser une question, à laquelle le juge a répondu. À 16 h 35 le jury est de nouveau revenu et a demandé: [TRADUCTION] «Faut-il que nous nous entendions sur un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité?» Le juge du procès a donné la réponse suivante:

[TRADUCTION] Vous me demandez: «Faut-il que nous nous entendions sur un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité?» Eh bien, vous devez tous les 12 être d'accord sur un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité en ce qui concerne le premier chef d'accusation et à l'égard de chaque accusé. Autrement dit, vous devez vous prononcer à l'unanimité dans un sens ou dans l'autre à l'égard de chaque accusé et de chaque chef d'accusation. Cela vous paraît-il confus?

Autrement dit, il faut que vous preniez le premier chef d'accusation et que vous examiniez la preuve relativement à chacun des accusés, puis que vous rendiez un verdict. Vous devez tous les 12 prendre une décision dans un sens ou dans l'autre.

Le jury a rendu à 20 h 08 à l'égard tant de Naglik que de Pople un verdict de culpabilité relativement aux deux chefs d'accusation et, à la demande de l'avocat de la défense, on a procédé à une vérification individuelle du verdict. Les deux accusés ont été condamnés à quatre ans et demi de prison relativement au premier chef (voies de fait graves) et à deux ans relativement au second (omission de fournir les choses nécessaires à l'existence), mais ils ont bénéficié de la confusion des peines.

La Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel de Naglik contre le verdict de culpabilité rendu contre elle relativement au second chef d'accusation (omission de fournir les choses nécessaires à l'existence), a annulé ce verdict et a ordonné la tenue d'un nouveau procès portant sur ce chef: (1991), 3 O.R. (3d) 385, 65 C.C.C. (3d) 272, 46 O.A.C. 81.

Naglik a reçu l'autorisation de se pourvoir contre l'arrêt de la Cour d'appel relatif aux commen-

accused by leave, and with respect to the charge to the jury as of right (based on a dissent by Morden A.C.J.O.). The Attorney General for Ontario has cross-appealed the Court of Appeal's ruling with respect to the *mens rea* for s. 215 by leave.

II. Relevant Statutory Provisions

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5

4. . . .

(6) The failure of the person charged, or of the wife or husband of that person, to testify shall not be made the subject of comment by the judge or by counsel for the prosecution.

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46

215. (1) Every one is under a legal duty

(a) as a parent, foster parent, guardian or head of a family, to provide necessaries of life for a child under the age of sixteen years;

(b) as a married person, to provide necessaries of life to his spouse; and

(c) to provide necessaries of life to a person under his charge if that person

(i) is unable, by reason of detention, age, illness, insanity or other cause, to withdraw himself from that charge, and

(ii) is unable to provide himself with necessaries of life.

(2) Every one commits an offence who, being under a legal duty within the meaning of subsection (1), fails without lawful excuse, the proof of which lies on him, to perform that duty, if

(a) with respect to a duty imposed by paragraph (1)(a) or (b),

(i) the person to whom the duty is owed is in destitute or necessitous circumstances, or

(ii) the failure to perform the duty endangers the life of the person to whom the duty is owed, or

taires de l'avocat de son coaccusé et se pourvoit de plein droit (vu la dissidence du juge en chef adjoint Morden) relativement aux directives au jury. Le procureur général de l'Ontario a formé, avec autorisation, un pourvoi incident attaquant la conclusion de la Cour d'appel touchant la *mens rea* que requiert l'art. 215.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5

4. . . .

(6) Le défaut de la personne accusée, ou de son conjoint, de témoigner ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou par l'avocat du poursuivant.

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

215. (1) Toute personne est légalement tenue:

a) en qualité de père ou mère, de parent nourricier, de tuteur ou de chef de famille, de fournir les choses nécessaires à l'existence d'un enfant de moins de seize ans;

b) à titre de personne mariée, de fournir les choses nécessaires à l'existence de son conjoint;

c) de fournir les choses nécessaires à l'existence d'une personne à sa charge, si cette personne est incapable, à la fois:

(i) par suite de détention, d'âge, de maladie, d'aliénation mentale ou pour une autre cause, de se soustraire à cette charge,

(ii) de pourvoir aux choses nécessaires à sa propre existence.

(2) Commet une infraction quiconque, ayant une obligation légale au sens du paragraphe (1), omet, sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, de remplir cette obligation, si:

a) à l'égard d'une obligation imposée par l'alinéa (1)a) ou b):

(i) ou bien la personne envers laquelle l'obligation doit être remplie se trouve dans le dénuement ou dans le besoin,

(ii) ou bien l'omission de remplir l'obligation met en danger la vie de la personne envers laquelle

causes or is likely to cause the health of that person to be endangered permanently; or

(b) with respect to a duty imposed by paragraph (1)(c), the failure to perform the duty endangers the life of the person to whom the duty is owed or causes or is likely to cause the health of that person to be injured permanently. ^a

(3) Every one who commits an offence under subsection (2) is guilty of ^b

(a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years; or

(b) an offence punishable on summary conviction. ^c

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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. ^d

11. Any person charged with an offence has the right ^e

(c) not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of that offence;

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal; ^f

III. Judgments Below

Court of Appeal (1991), 3 O.R. (3d) 385

A. Morden A.C.J.O. (dissenting in part)

(1) Comment by Co-Accused: Morden A.C.J.O. first dealt with the comment by counsel for the co-accused on Naglik's failure to testify. He noted that the comment was not prohibited by the terms of s. 4(6) of the *Canada Evidence Act*, and was not prohibited by the common law, citing *R. v. Wickham*; *R. v. Ferrara*; *R. v. Bean* (1971), 55 Cr. App. R. 199 (C.A.). ^j

cette obligation doit être remplie, ou expose, ou est de nature à exposer, à un péril permanent la santé de cette personne;

b) à l'égard d'une obligation imposée par l'alinéa (1)c), l'omission de remplir l'obligation met en danger la vie de la personne envers laquelle cette obligation doit être remplie, ou cause, ou est de nature à causer, un tort permanent à la santé de cette personne.

(3) Quiconque commet une infraction visée au paragraphe (2) est coupable:

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

Charte canadienne des droits et libertés

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.

11. Tout inculpé a le droit:

c) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche;

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

^g III. Les juridictions inférieures

La Cour d'appel (1991), 3 O.R. (3d) 385

^h A. Le juge en chef adjoint Morden (dissent en partie)

(1) Les commentaires du coaccusé: Le juge en chef adjoint Morden s'est penché d'abord sur les commentaires faits par l'avocat du coaccusé de Naglik sur le fait que celle-ci n'a pas témoigné. Il a fait remarquer que ni le par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada* ni la common law, n'interdisait ces commentaires, et il a cité à cet effet l'arrêt *R. c. Wickham*; *R. c. Ferrara*; *R. c. Bean* (1971), 55 Cr. App. R. 199 (C.A.).

Turning to s. 11(c) of the *Charter*, Morden A.C.J.O. noted that Naglik relied on the decision of Wisdom J. in the United States Court of Appeals, Fifth Circuit, in *De Luna v. United States*, 308 F.2d 140 (1962). In *De Luna*, the majority of the court held that the Fifth Amendment and federal statutes protected the accused from any form of compulsion to testify, even if that compulsion arose from tactical considerations such as the risk of adverse comment or the existence of “harmful presumptions (and inferences) based on assertion of the right [to silence]” (p. 151). Wisdom J. thus held that the trial judge’s implicit participation in allowing counsel for a co-accused to comment on the accused’s failure to testify violated the Fifth Amendment. Morden A.C.J.O. rejected *De Luna* as persuasive in Canada, because of the decision of Cory J.A. (as he then was) in the Ontario Court of Appeal in *R. v. Boss* (1988), 46 C.C.C. (3d) 523, that “tactical”, as opposed to “legal” compulsion to testify was not prohibited by s. 11(c). This holding was in turn based on the decision of this Court in *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277, holding that it is open to a jury to draw an adverse inference from the accused’s decision not to testify. Morden A.C.J.O. also noted that the applicable U.S. federal statute prohibited any presumption based on the accused’s failure to testify, and that after *Vézeau* the Canadian position was the opposite. He also cited the decision of the Newfoundland Court of Appeal in *R. v. Cuff* (1989), 49 C.C.C. (3d) 65, in which that court followed *Boss*.

Morden A.C.J.O. concluded his reasons on this ground by warning that counsel for a co-accused did not have “free rein” in making comments on the accused’s failure to testify, and would not be allowed to “encourage the jury to speculate or draw unwarranted inferences” (p. 397).

Abordant ensuite l’al. 11c) de la *Charte*, le juge en chef adjoint Morden a indiqué que Naglik s’appuyait sur l’arrêt rendu par le juge Wisdom de la Cour d’appel des États-Unis, (Fifth Circuit), dans l’affaire *De Luna c. United States*, 308 F.2d 140 (1962), où la cour a statué à la majorité que le Cinquième amendement ainsi que les lois fédérales mettaient l’accusé à l’abri de toute forme de contrainte de témoigner — même celle procédant de considérations d’ordre tactique comme le risque de commentaires défavorables ou l’existence de [TRADUCTION] «présomptions (et d’inférences) préjudiciables fondées sur le fait qu’on s’est prévalu de ce droit [de garder le silence]» (p. 151). Le juge Wisdom a donc conclu que la participation implicite du juge du procès qui a permis que l’avocat du coaccusé commente le défaut de l’accusé de témoigner constituait une violation du Cinquième amendement. Selon le juge en chef adjoint Morden, l’arrêt *De Luna* ne fait pas jurisprudence au Canada en raison de la décision du juge Cory de la Cour d’appel de l’Ontario (maintenant juge de notre Cour) dans l’arrêt *R. c. Boss* (1988), 46 C.C.C. (3d) 523, selon laquelle la contrainte [TRADUCTION] «tactique», par opposition à [TRADUCTION] «juridique», de témoigner n’était pas interdite par l’al. 11c). Cette conclusion reposait, elle, sur l’arrêt *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277, dans lequel notre Cour a dit qu’il est loisible à un jury de tirer une inférence défavorable de la décision de l’accusé de ne pas témoigner. Le juge en chef adjoint Morden a fait remarquer en outre qu’aux termes de la loi fédérale américaine qui s’appliquait, toute présomption fondée sur le défaut de l’accusé de témoigner était proscrite, et qu’à la suite de l’arrêt *Vézeau* c’était le contraire au Canada. Il a cité également l’arrêt *R. c. Cuff* (1989), 49 C.C.C. (3d) 65, dans lequel la Cour d’appel de Terre-Neuve a suivi l’arrêt *Boss*.

Le juge en chef adjoint Morden a terminé son analyse de ce moyen par une mise en garde, à savoir que l’avocat d’un coaccusé n’a pas [TRADUCTION] «carte blanche» pour commenter le défaut de l’accusé de témoigner et qu’il ne sera pas permis à l’avocat [TRADUCTION] «[d’]encourager le jury à se livrer à des conjectures ou [de] faire des inférences injustifiées» (p. 397).

(2) Instruction to the Jury: Morden A.C.J.O. was of the opinion that, however clear the initial charge had been on the jury's right to disagree and the requirement of unanimity, the jury's question indicated that they were confused about these points. ^a He argued that if the jury truly understood that they had a right to disagree, they would not have needed to ask the question. Furthermore, the answer given by the trial judge went beyond reiterating the need for unanimity to emphasize the obligation to bring in a verdict "one way or the other". ^b Citing Cory J.'s remarks in *R. v. W.(D)*, [1991] 1 S.C.R. 742, to the effect that answers to questions from the jury will be more closely scrutinized, ^c Morden A.C.J.O. would have ordered a new trial on this ground.

(3) Definition of "Necessaries": Naglik claimed that the trial judge gave the word "necessaries" a wider definition than the matters referred to in the indictment. Morden A.C.J.O. concluded that any ^e deficiencies in the trial judge's original charge were fully clarified in his recharge. This holding is not a ground of appeal in this Court.

(4) Mens Rea Under s. 215: On the question of the intent required for the failure to provide necessities of life charge, Morden A.C.J.O. held, at pp. 402-3, that "as a matter of authoritative precedent, this ground of appeal should succeed":

In other words, the offence in question requires actual knowledge of (which would include wilful blindness with respect to) the circumstances which make the failure to perform the duty to provide necessities an offence. It is an offence which may be committed intentionally or recklessly. It is not an offence of mere negligence, where an honest belief in circumstances which do not require the performance of the duty must be based on reasonable grounds.

(2) Les directives au jury: Le juge en chef adjoint Morden était d'avis que, pour claires que fussent les directives initiales sur la question du droit des jurés au désaccord et sur l'exigence ^a d'unanimité, la question posée par le jury témoignait de la confusion qui régnait dans l'esprit des jurés sur ces points. Si vraiment les jurés avaient compris qu'ils avaient le droit d'être en désaccord, ^b a soutenu le juge en chef adjoint, ils n'auraient pas eu besoin de poser la question. De plus, le juge du procès ne s'est pas borné dans sa réponse à répéter la nécessité d'unanimité, mais il a insisté sur l'obligation de rendre un verdict «dans un sens ou dans l'autre». Citant le juge Cory, qui a indiqué ^c dans l'arrêt *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, que les réponses aux questions posées par le jury feront l'objet d'un examen plus approfondi, le juge Morden s'est dit d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur ce moyen. ^d

(3) Définition de «choses nécessaires à l'existence»: Le juge du procès, a prétendu Naglik, a donné au terme «choses nécessaires à l'existence» ^e une définition dont la portée dépassait ce qui était visé dans l'acte d'accusation. Le juge en chef adjoint Morden a conclu que toute lacune que pouvait présenter les directives initiales du juge du procès à cet égard a été entièrement comblée par ^f ses directives supplémentaires. Cette conclusion n'est pas contestée devant notre Cour.

(4) La mens rea dans le contexte de l'art. 215: Sur la question de l'intention requise dans le cas de ^g l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence, le juge en chef adjoint Morden a dit, aux pp. 402 et 403, que [TRADUCTION] «compte tenu de la jurisprudence faisant autorité en la ^h matière, il y a lieu de retenir ce moyen d'appel»:

[TRADUCTION] En d'autres termes, l'infraction en cause nécessite la connaissance effective des circonstances qui font de l'omission de s'acquitter de l'obligation de fournir les choses nécessaires à l'existence une infraction (connaissance qui comprend le cas de l'aveuglement volontaire à l'égard de ces circonstances). Il s'agit d'une infraction que l'on peut commettre volontairement ou par insouciance. Ce n'est pas une infraction de simple ^j négligence, pour laquelle la croyance sincère à l'existence de circonstances qui n'obligent pas à remplir l'obligation doit reposer sur des motifs raisonnables.

He then examined the relevant authorities: *R. v. Lewis* (1903), 7 C.C.C. 261 (Ont. C.A.); *R. v. Steele* (1952), 102 C.C.C. 273 (Ont. C.A.); and *R. v. Atikian* (1990), 62 C.C.C. (3d) 357 (Ont. C.A.). Morden A.C.J.O. stated that these authorities made it clear that lack of subjective knowledge, or honest belief (whether reasonable or not) were sufficient to negate the *mens rea* for the offence. However, he also acknowledged weaknesses in the precedential force of *Lewis*, and that the appellant and respondent in *Atikian* took the common position that the *mens rea* for the offence was subjective, so that the point was accepted by the court without argument.

(5) Reverse Onus of s. 215(2): Because Naglik took the position that her lawful excuse was a lack of subjective awareness, a matter in which Morden A.C.J.O. held the Crown bore the burden of proof beyond a reasonable doubt, he did not consider this ground of appeal further.

Given his conclusions on the second ground (the charge to the jury) and fourth ground (*mens rea* under s. 215), Morden A.C.J.O. would have allowed the appeal, set aside the convictions and ordered a new trial on both counts.

B. Galligan J.A. (McKinlay J.A. concurring)

Galligan J.A. agreed with Morden A.C.J.O. in his disposition of all but the second ground of appeal (the charge to the jury). He noted that the correct instruction was "almost the last thing which the jury heard before retiring to deliberate" (p. 406), and was of the view that the question related only to the need for unanimity in reaching a verdict, to which the trial judge gave a proper answer, and not to the right of jurors to disagree. Therefore, Galligan J.A. was of the view that there was no error in the trial judge's charge to the jury.

Il a ensuite examiné la jurisprudence pertinente, à savoir: *R. c. Lewis* (1903), 7 C.C.C. 261 (C.A. Ont.); *R. c. Steele* (1952), 102 C.C.C. 273 (C.A. Ont.); et *R. c. Atikian* (1990), 62 C.C.C. (3d) 357 (C.A. Ont.). Il s'en dégage nettement, selon lui, que l'absence de connaissance subjective ou la croyance sincère (qu'elle soit raisonnable ou non) suffisait pour écarter la *mens rea* requise pour l'infraction. Toutefois, il a reconnu aussi que l'arrêt *Lewis* ne constituait pas un précédent très solide et que, dans l'affaire *Atikian*, la partie appelante et la partie intimée avaient toutes deux soutenu que l'infraction en question nécessitait une *mens rea* subjective, de sorte que la cour a retenu ce point de vue sans entendre d'argumentation.

(5) L'inversion de la charge de la preuve opérée par le par. 215(2): Puisque Naglik a avancé comme excuse légitime l'absence de connaissance subjective, connaissance que, d'après le juge en chef adjoint Morden, le ministère public est tenu de prouver hors de tout doute raisonnable, le juge en chef adjoint en est resté là de son examen de ce moyen d'appel.

Vu ses conclusions sur le deuxième moyen (les directives au jury) et sur le quatrième (la *mens rea* dans le contexte de l'art. 215), le juge en chef adjoint Morden était d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler les déclarations de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès relativement aux deux chefs d'accusation.

B. Le juge Galligan (avec l'appui du juge McKinlay)

Le juge Galligan a souscrit aux conclusions du juge en chef adjoint Morden sur chacun des moyens d'appel sauf le deuxième (les directives au jury). Il a fait remarquer à cet égard que les directives correctes étaient [TRADUCTION] «presque la toute dernière chose que le jury a entendue avant de se retirer pour délibérer» (p. 406). Il estimait en outre que la question, à laquelle le juge du procès a bien répondu, ne concernait que la nécessité d'un verdict unanime et n'avait rien à voir avec le droit des jurés d'être en désaccord. Donc, selon le juge Galligan, les directives du juge du procès au jury n'étaient entachées d'aucune erreur.

Because he agreed with Morden A.C.J.O. with respect to the test under s. 215, Galligan J.A. allowed the appeal and directed a new trial with respect to the conviction on count 2 (failure to provide necessities), but dismissed the appeal from the conviction on count 1 (aggravated assault).

IV. Issues

Grounds of appeal (1) and (2) were raised in Naglik's appeal; (1) by leave and (2) as of right. Ground (3) was raised in the Attorney General for Ontario's cross-appeal by leave.

(1) (a) Did the Court of Appeal for Ontario err in law in failing to hold that the trial judge erred in law in permitting counsel for the co-accused, Peter Geoffrey Pople, to comment in his address to the jury on the appellant's failure to testify on her own behalf?

(b) Did the Court of Appeal for Ontario err in law in failing to hold that such comment amounted to a breach of the protection afforded to the appellant by ss. 7, 11(c) and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in that "she not be compelled to be a witness in proceedings against her in respect of the offence"?

(2) Did the majority of the Court of Appeal for Ontario err in law in holding that the learned trial judge did not err in instructing the jury in such a way that left no room for them to disagree?

(3) Did the Court of Appeal for Ontario err in concluding that the trial judge erred in instructing the jury that on a charge of failing to provide the necessities of life, the test for determining whether the respondent breached her duty to provide necessities was to a reasonable person or objective standard?

If so, on the issue of the constitutionality of an objective basis of liability for s. 215, I stated the

Comme il partageait l'avis du juge en chef adjoint Morden quant au critère à appliquer dans le cas de l'art. 215, le juge Galligan a accueilli l'appel et ordonné la tenue d'un nouveau procès relativement au verdict de culpabilité rendu à l'égard du second chef d'accusation (omission de fournir les choses nécessaires à l'existence), mais il a rejeté l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité de l'infraction visée au premier chef d'accusation (voies de fait graves).

IV. Les questions en litige

Les premier et deuxième moyens ont été soulevés dans le pourvoi de Naglik, le premier, avec l'autorisation de la Cour et le deuxième, de plein droit. Quant au troisième moyen, c'est le procureur général de l'Ontario qui l'a invoqué, avec autorisation, dans le cadre du pourvoi incident.

[TRADUCTION]

(1) a) La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur de droit par son omission de conclure que le juge du procès a commis une erreur de droit en permettant à l'avocat du coaccusé, Peter Geoffrey Pople, de commenter dans son exposé au jury le défaut par l'appelante de témoigner?

b) La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur de droit en ne concluant pas que ces commentaires portaient atteinte au droit de l'appelante, conféré par l'art. 7 et les al. 11c) et d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, «de ne pas être contraint[e] de témoigner contre [elle]-même dans toute poursuite intentée contre [elle] pour l'infraction qu'on lui reproche»?

(2) Les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario ont-ils commis une erreur de droit en concluant que ce n'est pas à tort que le savant juge du procès a donné au jury des directives telles, qu'elles n'admettaient aucun désaccord entre eux?

(3) Est-ce à tort que la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le juge du procès a commis une erreur en disant au jury que, dans le cas de l'accusation d'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence, le critère pour déterminer si l'intimée a manqué à son obligation à cet égard est celui de la personne raisonnable, soit un critère objectif?

Dans l'affirmative, j'ai formulé dans une ordonnance datée du 1^{er} mai 1992 les questions sui-

following constitutional questions by order dated May 1, 1992:

1. Does an objective basis of liability for s. 215 of the *Criminal Code* of Canada offend s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is yes, is an objective basis of liability for s. 215 a reasonable limit on the s. 7 *Charter* right pursuant to s. 1 of the *Charter*?

V. Analysis

A. *Comment by Counsel for Co-Accused*

Given my disposition of the ground of appeal relating to the charge to the jury, a new trial must be held on both counts, and it is not necessary to address the issue relating to comment by counsel for a co-accused on the accused's failure to testify. As Pople has not appealed his conviction, there will be no opportunity for comment by counsel for a co-accused at Naglik's new trial, and the issue will not arise. This question should be examined having regard to the constitutionality of s. 4(6) of the *Canada Evidence Act*. While s. 4(6) of the *Canada Evidence Act* may well be open to *Charter* challenge, in so far as it prevents the trial judge from granting a remedy under s. 24(1) in the form of a remedial comment or instruction where something has occurred which affects the fairness of the trial, there was no challenge to the constitutionality of this aspect of s. 4(6) in this case. Therefore, I will deal only with the charge to the jury, and the constitutionality of objective liability for s. 215. The latter issue must be decided in this appeal because it will clearly be an important part of the trial judge's charge to the jury in the new trial.

vantes concernant la constitutionnalité du fondement objectif de la responsabilité dans le cas de l'art. 215:

1. Un fondement objectif de la responsabilité dans le cas de l'art. 215 du *Code criminel* du Canada est-il contraire à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, un fondement objectif de la responsabilité dans le cas de l'art. 215 constitue-t-il une limite raisonnable à l'art. 7 de la *Charte* conformément à l'article premier de la *Charte*?

V. Analyse

A. *Les commentaires de l'avocat du coaccusé*

Compte tenu de ma conclusion sur le moyen d'appel relatif aux directives données au jury, il doit y avoir un nouveau procès portant sur les deux chefs d'accusation. Point n'est donc besoin d'aborder la question des commentaires de l'avocat du coaccusé sur le défaut de l'accusée de témoigner. Comme Pople n'a pas interjeté appel du verdict de culpabilité rendu à son égard, il n'y aura au nouveau procès de Naglik aucun coaccusé au sujet de qui l'avocat pourra faire des commentaires et, par conséquent, cette question ne se posera pas. Il s'agit d'une question qu'il conviendrait d'examiner en fonction de la constitutionnalité du par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Or, il se peut bien que ce paragraphe donne prise à une contestation fondée sur la *Charte* pour autant qu'il empêche le juge du procès d'accorder en vertu du par. 24(1) une réparation sous forme de commentaires ou de directives dans un cas où est survenu un événement qui compromet l'équité du procès. En l'espèce toutefois, on n'a pas contesté la constitutionnalité du par. 4(6) sous cet aspect. Je ne me penche en conséquence que sur les directives au jury et sur la constitutionnalité d'une responsabilité objective dans le cas de l'art. 215. Cette dernière question doit être tranchée en l'espèce parce que ce sera de toute évidence un élément important des directives que donnera le juge du procès au jury lors du nouveau procès.

B. *Charge to the Jury*

The common problem raised by the facts of this case is an alleged conflict between an initial instruction and a later instruction in response to a question from the jury. While this Court has stressed the importance of examining charges to the jury as a whole, rather than scrutinizing impugned passages in isolation, I think that it is also important to recognize the oftentimes particular effect of instructions which are given in response to a question from the jury.

It must first be decided whether there was in fact a conflict between the initial charge and the recharge. No one takes issue with the initial charge, which was generous to Naglik in stating the jury's right to disagree, but nevertheless urged the jury to reach a verdict, which had to be unanimous. The Attorney General for Ontario submits that the jury's later question ("Do we have to agree on guilty or not guilty?") indicated not "Do we have to reach a verdict?", but rather "Does the verdict we reach have to be unanimous?" Thus, the Attorney General for Ontario submits that there was no inconsistency between the initial charge and the answer to the question, since it did not address the right to disagree, but only the requirement of unanimity.

Like Morden A.C.J.O., I do not interpret the question and the trial judge's answer so benignly. The jury asked, primarily, "do we have to agree?", and then enumerated the two possible verdicts which had been left to them. I would agree with Morden A.C.J.O. that "if the jury clearly understood that they had the right to disagree, and hence not to return a verdict, they would not have needed to ask the question" (p. 399). If the jury wondered whether a majority vote would be sufficient for a verdict, this reveals that there was disagreement, and that they were having difficulty reaching a unanimous verdict. Therefore, I would conclude that the question from the jury concerned their right to disagree, and that the answer given by the trial judge was clearly within the terms of *Latour*

B. *Les directives au jury*

Le problème courant que présentent les faits de l'espèce est celui de la contradiction qui existerait entre les directives initiales et celles données ultérieurement en réponse à une question du jury. Bien que notre Cour ait souligné l'importance d'examiner dans leur ensemble les directives au jury, plutôt que de scruter isolément les passages attaqués, je crois qu'il importe également de reconnaître que les directives répondant à une question du jury ont souvent un effet particulier.

On doit décider d'abord s'il y avait vraiment contradiction entre les directives initiales et les directives supplémentaires. Personne ne conteste les directives initiales, qui étaient avantageuses pour Naglik en ce sens qu'elles énonçaient le droit des jurés au désaccord, mais qui incitaient néanmoins le jury à en venir à un verdict, lequel devait être unanime. D'après le procureur général de l'Ontario, la question ultérieure du jury («Faut-il que nous nous entendions sur un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité?») revenait à demander non pas: «Faut-il que nous en venions à un verdict?», mais bien: «Notre verdict doit-il être unanime?» Le procureur général de l'Ontario allégué donc l'absence de toute contradiction entre les directives initiales et la réponse à la question, étant donné que cette réponse portait non pas sur le droit au désaccord mais seulement sur l'exigence d'unanimité.

Pas plus que le juge en chef adjoint Morden, je n'interprète de façon aussi bienveillante ni la question ni la réponse qu'y a donnée le juge du procès. Le jury a demandé essentiellement: «Faut-il que nous nous entendions?», puis a énuméré les deux verdicts entre lesquels il avait à choisir. Je conviens avec le juge en chef adjoint Morden que [TRADUCTION] «si les jurés ont bien compris qu'ils avaient le droit de ne pas être d'accord et, par conséquent, de ne pas rendre de verdict, ils n'auraient pas eu à poser la question» (p. 399). Si les jurés se demandaient si une majorité des voix suffisait pour qu'un verdict soit rendu, cela révèle qu'il existait des désaccords et qu'ils avaient du mal à en arriver à un verdict unanime. Je conclus en conséquence que la question du jury concernait leur droit d'être

v. The King, [1951] S.C.R. 19, in which Fauteux J. (as he then was) commented (at p. 30): "If one of the jurors could have reasonably understood from this direction — and it may be open to such construction — that there was an obligation to agree upon a verdict, the direction would be bad in law."

Given this conflict, the further question arises as to whether the instructions the jury received, as a whole (i.e., including the incorrect answer to the question), were in error. Did the initial correct instruction save the later incorrect instruction?

Morden A.C.J.O. relied upon *R. v. W.(D.)*, *supra*, in which Cory J. noted a difference between instructions given in the main charge and instructions given in response to questions from the jury (at pp. 759-60): "When a jury submits a question, it gives a clear indication of the problem the jury is having with a case. Those questions merit a full, careful and correct response." Answers to questions from the jury are extremely important, and carry influence far exceeding instructions given in the main charge. If the jury asks a question about an issue addressed in the main charge, it is clear that they did not understand or remember that part of the main charge, and it is also clear that they must exclusively rely on the answer given by the trial judge to resolve any confusion or debate on the point which may have taken place in the jury room during their deliberations up to that point.

The trial judge's answer to the jury's question, which gave the jury the impression that they had no right to disagree, superseded the initial instruction in the minds of the jury. Accordingly, it is possible, if not likely, that the jury members resumed their deliberations with the mistaken impression that they were required to reach a verdict, and that they had misunderstood the earlier reference to their right to disagree. Given this error, a new trial must be ordered on both counts.

en désaccord et que la réponse du juge du procès relevait clairement de l'arrêt *Latour c. The King*, [1951] R.C.S. 19, dans lequel le juge Fauteux (plus tard Juge en chef) a dit (à la p. 30): [TRADUCTION] «Si l'un des jurés avait pu raisonnablement comprendre cette directive — et on peut peut-être l'interpréter ainsi — comme faisant état d'une obligation d'être d'accord sur un verdict, la directive serait mauvaise en droit.»

Vu cette contradiction, se pose en outre la question de savoir si, dans leur ensemble (c.-à-d. avec l'inclusion de la réponse erronée à la question), les directives au jury étaient entachées d'erreur. Les directives initiales correctes l'emportent-elles en fait sur les directives ultérieures incorrectes?

Le juge en chef adjoint Morden s'est fondé sur l'arrêt *R. c. W.(D.)*, précité, dans lequel le juge Cory fait ressortir une différence entre les directives principales et celles données en réponse aux questions posées par le jury (aux pp. 759 et 760: «Lorsque le jury pose une question, ce fait indique manifestement que les jurés éprouvent des difficultés avec le cas. Ces questions appellent une réponse soignée et correcte.» Les réponses aux questions du jury revêtent une importance capitale, et leur effet dépasse de loin celui des directives principales. Si le jury pose une question concernant un point traité dans celles-ci, il est évident que les jurés n'ont pas compris ou qu'ils ont oublié cette partie des directives principales. Il est évident aussi qu'ils doivent compter exclusivement sur la réponse donnée par le juge du procès pour dissiper toute confusion ou régler tout débat sur ce point qui ont pu survenir jusque-là au cours de leurs délibérations.

Dans l'esprit des jurés, la réponse du juge du procès à leur question, qui leur a donné l'impression qu'ils n'avaient aucun droit d'être en désaccord, prenait le pas sur les directives initiales. Il est en conséquence possible, sinon probable, que, quand ils ont repris leurs délibérations, les jurés croyaient à tort devoir en arriver à un verdict, et qu'ils avaient mal compris la mention antérieure de leur droit au désaccord. Compte tenu de cette erreur, il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur les deux chefs d'accusation.

C. *Mens Rea* for Section 215

Unlike the first ground of appeal, this issue must be resolved, since it will be a crucial element of the judge's charge to the jury in Naglik's new trial. Before answering the constitutional questions, it is necessary to decide whether s. 215(2)(a)(ii) enacts an offence for which Parliament has indicated that objective fault is appropriate, or whether Parliament has enacted an offence for which subjective fault must be proven.

The Court of Appeal decided this case on the basis of what it considered to be binding precedents (*Lewis, Steele* and *Atikian*) holding that subjective fault was required under s. 215. However, as noted above, Morden A.C.J.O. admitted that the precedential force of these prior decisions is less than compelling; indeed, the precise issue was never clearly addressed or decided in *Lewis* or *Steele*, and the point was conceded by the Crown in *Atikian*. A subjective standard of fault for s. 215 has also found support in provincial court decisions.

In *R. v. Leveque*, [1992] 5 W.W.R. 391 (Man. Prov. Ct.), the Provincial Court judge relied on the decision of the Ontario Court of Appeal in this appeal, and the decision in *R. v. Degg* (1981), 58 C.C.C. (2d) 387 (Ont. Prov. Ct.), to hold that s. 215 was not what he termed an "absolute liability" offence but rather required the Crown to "prove mens rea . . . beyond a reasonable doubt." The learned judge also cited Wilson J.'s reasons in *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392 (which did not represent the views of a majority of this Court, as the Court was divided on this issue 3:3), and referred to *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, as authority for the proposition that "proof of mens rea [is] a constitutionally mandated element of every criminal offence". I think it is clear that the ratio of *Vaillancourt* was not that proof of subjective mens rea is required for all criminal offences, which is the import of the Provincial Court judge's reasoning in *Leveque*. Furthermore, as I discuss below, subsequent decisions of this Court have

C. *La mens rea* dans le cas de l'article 215

À la différence du premier moyen d'appel, cette question doit être tranchée puisque la mens rea sera un élément capital des directives que donnera le juge au jury dans le cadre du nouveau procès de Naglik. Avant de répondre aux questions constitutionnelles, il nous faut décider si le sous-al. 215(2)(a)(ii) énonce une infraction pour laquelle le législateur fédéral a prévu une faute objective, ou s'il s'agit plutôt d'une infraction nécessitant la preuve d'une faute subjective.

La Cour d'appel a tranché ce litige en se fondant sur des précédents, par lesquels elle s'est sentie liée (les arrêts *Lewis, Steele* et *Atikian*), établissant que l'art. 215 commandait une faute subjective. Cependant, comme il a déjà été indiqué, le juge en chef adjoint Morden a reconnu que ces précédents n'avaient rien d'impérieux. De fait, la question précise dont nous sommes saisis n'a jamais été clairement abordée ni tranchée dans les arrêts *Lewis* et *Steele*, tandis que, dans l'affaire *Atikian*, elle a fait l'objet d'une concession de la part du ministère public. Certaines décisions de cours provinciales ont également appuyé une norme subjective de faute dans le cas de l'art. 215.

Dans l'affaire *R. c. Leveque*, [1992] 5 W.W.R. 391 (C. prov. Man.), le juge de la Cour provinciale, se fondant sur l'arrêt rendu par la Cour d'appel de l'Ontario en l'espèce et sur la décision *R. c. Degg* (1981), 58 C.C.C. (2d) 387 (Cour prov. Ont.), a conclu que l'art. 215 ne prévoyait pas ce qu'il a appelé une infraction de [TRADUCTION] «responsabilité absolue», mais imposait plutôt au ministère public l'obligation de [TRADUCTION] «prouver la mens rea [. . .] hors de tout doute raisonnable». Le juge a également cité les motifs du juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392 (lesquels n'exprimaient pas l'avis de la majorité des juges de notre Cour, puisque, sur ce point, ils étaient trois contre trois) et a mentionné l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, à l'appui de la proposition selon laquelle [TRADUCTION] «la Constitution exige pour chaque infraction criminelle que soit faite la preuve de la mens rea». Or, je tiens pour évident que, contrairement à ce qui ressort du raisonnement du juge de la Cour

made it clear that an objective basis of liability for criminal offences can be constitutionally sufficient.

In *Degg*, the Provincial Court judge cited *Lewis* and *Steele* to hold that the wording of s. 215 did not evidence a sufficiently clear Parliamentary intention to enact an offence of what he termed “strict liability”.

Because of their limitations, I do not consider any of these decisions persuasive, but would consider the basis of liability under s. 215 afresh and on first principles. With respect to the wording of s. 215, while there is no language in s. 215 such as “ought to have known” indicating that Parliament intended an objective standard of fault, the language of s. 215 referring to the failure to perform a “duty” suggests that the accused’s conduct in a particular circumstance is to be determined on an objective, or community, standard. The concept of a duty indicates a societal minimum which has been established for conduct: as in the law of civil negligence, a duty would be meaningless if every individual defined its content for him- or herself according to his or her subjective beliefs and priorities. Therefore, the conduct of the accused should be measured against an objective, societal standard to give effect to the concept of “duty” employed by Parliament.

The policy goals of the provision support this interpretation. Section 215 is aimed at establishing a uniform minimum level of care to be provided for those to whom it applies, and this can only be achieved if those under the duty are held to a societal, rather than a personal, standard of conduct. While the section does not purport to prescribe

provinciale dans la décision *Leveque*, l’arrêt *Vaillancourt* n’établit pas qu’il y a obligation de prouver l’existence d’une *mens rea* subjective pour toutes les infractions criminelles. De surcroît, comme je l’indique plus loin, il se dégage clairement d’arrêts subséquents de notre Cour que, du point de vue constitutionnel, un fondement objectif de responsabilité peut suffire dans le cas d’infractions criminelles.

Dans la décision *Degg*, le juge de la Cour provinciale, citant les arrêts *Lewis* et *Steele*, a conclu que le texte de l’art. 215 ne traduisait pas une intention suffisamment claire de la part du législateur de créer ce que le juge a qualifié d’infraction de [TRADUCTION] «responsabilité stricte».

Étant donné les lacunes que présentent ces décisions, je ne considère comme convaincante aucune d’elles. Je préfère donc examiner à nouveau et en fonction des principes de base la question du fondement de la responsabilité dans le cas de l’art. 215. En ce qui concerne le texte de cet article, bien qu’on n’y retrouve aucune expression du genre «aurait dû savoir» indiquant l’intention du législateur d’établir une norme objective de faute, le fait qu’il y est question de l’omission de remplir une «obligation» donne à entendre que la conduite de l’accusé dans des circonstances particulières est à apprécier selon une norme objective, c’est-à-dire une norme de la société. La notion d’obligation évoque une exigence sociale minimale fixée à l’égard d’une conduite donnée: comme dans le domaine de la négligence civile, une obligation serait vide de sens si chacun en définissait le contenu selon ses croyances et ses priorités personnelles. La conduite de l’accusé devrait en conséquence s’apprécier en fonction d’une norme objective ou d’une norme de la société afin de donner effet à la notion d’«obligation» à laquelle a recouru le législateur.

Voilà une interprétation que viennent appuyer les objectifs d’intérêt public visés par la disposition en cause. L’article 215 a en effet pour but l’établissement d’un niveau minimal uniforme de soins à fournir pour les personnes auxquelles il s’applique. Or, cela ne peut se réaliser que si ceux auxquels incombe l’obligation sont tenus de res-

parenting or care-giving techniques, it does serve to set the floor for the provision of necessities, at the level indicated by, for example, the circumstances described in subs. (2)(a)(ii). The effects of a negligent failure to perform the duty will be as serious as an intentional refusal to perform the duty.

Since s. 215 enacts an offence for which objective fault is appropriate to sustain a conviction, it remains to be considered what the nature of that objective liability is, and, under the terms of the constitutional questions, whether that standard of liability offends s. 7 of the *Charter* in such a way that it may not be saved by resort to s. 1.

In *R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76 (judgment rendered concurrently), I discuss the nature of objective liability in the criminal law, which I term "penal negligence." Briefly, *Gosset* establishes that penal negligence punishes a marked departure from an objectively reasonable standard of care, in accord with Cory J.'s reasons in *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867. However, I also make it clear in *Gosset* that the reasonableness of the accused's conduct is not to be assessed in the abstract, but with reference to the circumstances of the accused and the offence, to avoid punishing the morally innocent who could not have acted other than they did in the circumstances; specifically, in *Gosset* I summarize the operation of penal negligence as follows, at pp. 95-96:

Once a marked departure from the standard of care is established, the focus of the investigation under penal negligence must shift, therefore, to the question of whether the accused was capable of recognizing that he or she had fallen short of the standard of care required in the circumstances by the charging section.

Another crucial consideration would be whether it was possible for Naglik to control or compensate

pecter dans leur conduite une norme de la société plutôt qu'une norme personnelle. Cet article ne va certes pas jusqu'à prescrire comment élever les enfants ou donner des soins, mais il établit en ce qui concerne la fourniture des choses nécessaires à l'existence un seuil que constituent, par exemple, les circonstances exposées au sous-al. (2)a(ii). L'omission par négligence de remplir l'obligation en question aura des effets aussi graves que le refus intentionnel de le faire.

Puisque l'art. 215 prévoit une infraction pour laquelle il convient de prouver une faute objective afin d'obtenir une déclaration de culpabilité, il reste à examiner la nature de cette responsabilité objective et, dans le contexte des questions constitutionnelles, à décider si cette norme de responsabilité viole l'art. 7 de la *Charte* d'une façon telle que le recours à l'article premier ne permettra pas de la sauvegarder.

Dans l'arrêt *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76 (rendu simultanément), je traite de la nature de la responsabilité objective en droit criminel, que je qualifie de «négligence pénale». En bref, l'arrêt *Gosset* établit que la négligence pénale permet de sanctionner un écart marqué par rapport à une norme de diligence objectivement raisonnable, et ce d'une manière conforme aux motifs du juge Cory dans l'arrêt *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867. Cependant, je précise également dans l'arrêt *Gosset* que le caractère raisonnable de la conduite de l'accusé est à apprécier non pas dans l'abstrait mais en fonction de la situation de l'accusé et des circonstances de l'infraction afin que ne soient pas punies les personnes moralement innocentes qui, dans les circonstances, n'auraient pu agir autrement. Plus précisément, je fais dans l'arrêt *Gosset* le résumé suivant de l'application de la négligence pénale, aux pp. 95 et 96:

Une fois établi un écart marqué par rapport à la norme de diligence, l'examen, dans le cas de négligence pénale, doit ensuite porter sur la question de savoir si l'accusé était en mesure de reconnaître qu'il n'avait pas satisfait à la norme de diligence requise par la disposition constitutive d'infraction dans les circonstances.

Une autre considération importante serait de se demander s'il était possible pour Naglik dans les

for her incapacities in the circumstances. For example, the evidence indicates that the services of a Public Health Nurse were made available to Naglik to help her with the adjustment to caring for the child, given her age, education and lack of experience with children. Naglik apparently resisted these attempts to assist her with the care of the baby. Furthermore, s. 215(2)(a)(ii) covers a failure to provide necessities in an ongoing relationship and over a period of time, as well as the failure to perform a specific act as part of a discrete transaction, suggesting that the nature of the failure alleged by the Crown would also affect the jury's assessment of Naglik's actions. The test for penal negligence outlined in *Gosset* will direct the trier of fact's attention to all of these considerations.

What parts of the offence must be objectively foreseeable? In this appeal, Naglik was charged under ss. 197(2)(a)(ii) and 197(3) (now ss. 215(2)(a)(ii) and 215(3)) of the *Criminal Code*, which make the failure to fulfil the duty to provide necessities an offence where "the failure to perform the duty endangers the life of the person to whom the duty is owed, or causes or is likely to cause the health of that person to be endangered permanently". I would hold that s. 215(2)(a)(ii) punishes a marked departure from the conduct of a reasonably prudent parent in circumstances where it was objectively foreseeable that the failure to provide the necessities of life would lead to a risk of danger to the life, or a risk of permanent endangerment to the health, of the child. This is not one of the few offences, described in *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3 (judgment rendered concurrently), in which the nature of an underlying act, unlawful in itself, is so risky that it is presumed to involve objective foresight of the risk of the consequences which follow and which give rise to a separate offence. The circumstances described in subs. (2)(a)(ii) are not just aggravating consequences, but are essential elements of the *actus reus* of the offence. Thus, the Crown must prove beyond a reasonable doubt both that the circumstances listed in subs. (2)(a)(ii) were objectively foreseeable in

circumstances de contrôler ou de compenser ses lacunes. Par exemple, la preuve indique que, compte tenu de son âge, de son degré d'instruction et de son manque d'expérience avec les enfants, l'on a offert à Naglik les services d'une infirmière de la santé publique pour l'aider à s'adapter aux soins à donner à un bébé. Naglik aurait apparemment refusé cette offre. De plus, le sous-al. 215(2)a(ii) vise, tant l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence lorsque cette omission se produit dans le cadre d'une relation durable et se prolonge dans le temps, que l'omission d'accomplir un acte précis dans un cas isolé, ce qui porte à croire que la nature de l'omission alléguée par le ministère public aurait aussi une incidence sur l'appréciation des actes de Naglik par le jury. Le critère relatif à la négligence pénale énoncée dans *Gosset* attirera l'attention du juge des faits sur toutes ces considérations.

Quels éléments de l'infraction doivent être objectivement prévisibles? En l'espèce, Naglik a été inculpée en vertu du sous-al. 197(2)a(ii) et du par. 197(3) (maintenant le sous-al. 215(2)a(ii) et le par. 215(3)) du *Code criminel*, qui font de l'omission de remplir l'obligation de fournir les choses nécessaires à l'existence une infraction lorsque «l'omission de remplir l'obligation met en danger la vie de la personne envers laquelle cette obligation doit être remplie, ou expose, ou est de nature à exposer, à un péril permanent la santé de cette personne». Je conclus donc que le sous-al. 215(2)a(ii) frappe d'une sanction un écart marqué par rapport à la conduite d'un parent raisonnablement prudent dans des circonstances où il était objectivement prévisible que l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence risquerait de mettre en danger la vie de l'enfant ou d'exposer sa santé à un péril permanent. Il ne s'agit pas là de l'une des rares infractions, évoquées dans l'arrêt *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3 (rendu simultanément), pour lesquelles la nature d'un acte sous-jacent, illégal en soi, présente un risque si grand qu'il est présumé comporter la prévision objective du risque des conséquences qu'il entraîne, et qui donnent lieu à une infraction distincte. Les circonstances mentionnées au sous-al. (2)a(ii) ne sont pas que des conséquences aggravantes, mais

the circumstances, and that the conduct of the accused represented a marked departure from the standard of care required by those circumstances.

As this Court's decisions in *Hundal* and in *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944, made clear, this objective basis of criminal liability does not, *per se*, violate the *Charter*. That is, there is no principle of fundamental justice requiring subjective foresight for criminal offences. In *Hundal*, Cory J. wrote (at p. 882): "In the appropriate context, negligence can be an acceptable basis of liability which meets the fault requirement of s. 7 of the *Charter*."

However, it remains to be decided whether a conviction under s. 215 carries with it such social stigma and such a severe penalty that a conviction based on penal negligence would violate s. 7 of the *Charter*, under the test developed in *Vaillancourt*. I do not think that it does.

While the conduct proscribed by s. 215(2)(a)(ii) is undoubtedly serious, involving as it does a breach of a parent's duty to his or her child, this is not a situation as existed in the case of constructive murder, under which an accused who had no subjective foresight of the risk of death was nevertheless branded with the stigma attendant on a conviction for murder. While a conviction under s. 215(2)(a)(ii) will no doubt result in the stigmatization, or even, as Naglik submitted, vilification, of the accused, this stigmatization is neither unfairly disproportionate nor unrelated to the culpable conduct of which the accused was found guilty. Where a person is convicted of an offence under s. 215(2)(a)(ii) only, the stigma which attaches to the conviction is only that described by the offence: if an objective standard is accepted, the accused is stigmatized as someone who failed to provide for his or her child in circumstances where the reason-

forment des éléments essentiels de l'*actus reus* de l'infraction. D'où l'obligation du ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable à la fois que les circonstances exposées au sous-al. (2)a(ii) étaient objectivement prévisibles dans les circonstances et que la conduite de l'accusé représentait un écart marqué par rapport à la norme de diligence devant être respectée dans ces circonstances.

Comme l'indiquent clairement nos arrêts *Hundal* et *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944, ce fondement objectif de la responsabilité criminelle ne va pas en soi à l'encontre de la *Charte*. C'est-à-dire, il n'existe aucun principe de justice fondamentale qui exige la prévision subjective dans le cas des infractions criminelles. Dans l'arrêt *Hundal*, le juge Cory a écrit (à la p. 882): «Dans un contexte approprié, la négligence peut constituer au regard de l'exigence en matière de faute posée par l'art. 7 de la *Charte* un fondement acceptable d'une conclusion à la culpabilité.»

Reste toutefois à décider si une déclaration de culpabilité d'une infraction à l'art. 215 entraîne des stigmates tels et une peine à ce point sévère qu'un verdict de culpabilité fondé sur la négligence pénale constituerait une violation de l'art. 7 de la *Charte* suivant le critère énoncé dans l'arrêt *Vaillancourt*. Je ne le crois pas.

La conduite proscribed au sous-al. 215(2)a(ii) est certes grave étant donné qu'il s'agit du manquement à l'obligation d'un parent envers son enfant, mais ce n'est pas un cas analogue à celui du meurtre par imputation, où un accusé n'ayant eu aucune prévision subjective du risque de mort se voit néanmoins imposer les stigmates rattachés à une déclaration de culpabilité de meurtre. Bien qu'une déclaration de culpabilité en vertu du sous-al. 215(2)a(ii) attire sans doute sur l'accusé la stigmatisation, voire, comme l'a soutenu Naglik, le déshonneur, cette stigmatisation n'est ni injustement disproportionnée ni dépourvue de lien avec la conduite blâmable dont il a été reconnu coupable. Lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction au seul sous-al. 215(2)a(ii), les stigmates rattachés au verdict de culpabilité se limitent à ceux prévus dans l'énoncé de l'infraction, c'est-à-dire que, si l'on retient une norme objective,

ably prudent parent clearly would have so provided.

There is no minimum penalty for this hybrid offence, and a maximum prison term of two years if the Crown proceeds successfully by indictment. The lack of a minimum penalty means that the sentencing judge can tailor the sentence to the circumstances of the particular offence and offender, eliminating the danger of the accused being punished to a degree out of proportion to the level of fault actually found to exist.

The availability of a defence of lawful excuse in s. 215(2) also serves to prevent the punishment of the morally innocent, even where the accused fails to meet the standard of care imposed by the objective test of penal negligence.

Because of my conclusion that no violation of the *Charter* is indicated, it is not necessary to answer the second constitutional question.

Also, because I would order a new trial on the second ground of appeal (relating to the charge to the jury), it is not necessary to examine the trial judge's charge to the jury for conformity to the objective test for penal negligence I have set out above. At Naglik's new trial, the trial judge must charge the jury on this objective basis of liability, with specific reference to Naglik's particular personal capacities and the circumstances of the offence relevant to the charges on which that trial proceeds.

Finally, Naglik also argued that the requirement in s. 215(2) that the accused prove the presence of a lawful excuse for his or her failure to provide necessities violates s. 11(d) of the *Charter*. However, no constitutional question was stated in this respect, so that the provincial attorneys general have not had an opportunity to intervene on this

l'accusé subit les stigmates en tant que personne qui a omis de pourvoir aux besoins de son enfant dans des circonstances où un parent raisonnablement prudent y aurait certainement pourvu.

a Aucune peine minimale n'est prévue pour cette infraction mixte mais il y a une peine maximale de deux ans de prison si le ministère public, ayant poursuivi sur acte d'accusation, obtient gain de cause. L'absence de peine minimale permet au juge chargé de la fixation de la peine d'adapter celle-ci aux circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise et à la situation propre au contrevenant. Se trouve ainsi écarté le danger que l'accusé subisse une peine disproportionnée au degré de faute à l'existence duquel on a en fait conclu.

b La possibilité qu'offre le par. 215(2) d'invoquer une défense d'excuse légitime sert également à mettre à l'abri de la sanction les personnes moralement innocentes, même dans un cas où l'accusé ne satisfait pas à la norme de diligence imposée par le critère objectif de la négligence pénale.

c Vu ma conclusion qu'aucune violation de la *Charte* n'a été commise, il n'est pas nécessaire de répondre à la seconde question constitutionnelle.

d De plus, puisque je suis d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès relativement au deuxième moyen d'appel (concernant les directives au jury), il n'est pas besoin de vérifier si les directives données par le juge du procès au jury sont conformes au critère objectif de la négligence pénale énoncé ci-dessus. Au nouveau procès de Naglik, le juge devra donner au jury des directives sur ce fondement objectif de la responsabilité en mentionnant spécifiquement les capacités personnelles propres à Naglik ainsi que les circonstances de l'infraction qui se rapportent aux accusations sur lesquelles portera le nouveau procès.

e Enfin, Naglik a fait valoir en outre que l'exigence qu'impose le par. 215(2) à l'accusé de prouver une excuse légitime pour son omission de fournir les choses nécessaires à l'existence constitue une violation de l'al. 11d) de la *Charte*. Comme toutefois aucune question constitutionnelle n'a été formulée à cet égard, les procureurs généraux des

issue. Furthermore, I would be reluctant to decide the issue in this appeal, as there is no allegation in the record that Naglik in fact had or alleged that she had a lawful excuse other than her lack of subjective awareness. Under the penal negligence standard, this is not a lawful excuse, and as I have discussed above, her youth, experience, education, and the circumstances of the offence will be fully accounted for, in so far as they are determined to be relevant. Accordingly, I express no opinion on the constitutionality of the reverse onus aspect of s. 215(2).

VI. Disposition

I would therefore allow Naglik's appeal as of right on the second ground of appeal, set aside the convictions on both counts, and order a new trial on each of these counts.

I would also allow the Attorney General for Ontario's cross-appeal and answer the constitutional questions as follows:

1. Does an objective basis of liability for s. 215 of the *Criminal Code* of Canada offend s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. No.

2. If the answer to question 1 is yes, is an objective basis of liability for s. 215 a reasonable limit on the s. 7 *Charter* right pursuant to s. 1 of the *Charter*?

A. It is not necessary to answer this question.

The judgment of La Forest, Cory and McLachlin JJ. was delivered by

MCLACHLIN J. — This appeal raises constitutional issues in the context of a trial where both

provinces n'ont pas eu la possibilité d'intervenir sur ce point. Il s'agit d'ailleurs d'une question que j'hésiterais à trancher dans le cadre du présent pourvoi puisque le dossier ne renferme aucune allégation que Naglik avait en fait, ou prétendait avoir, d'autre excuse que son inconscience subjective. Or, suivant la norme de la négligence pénale, cela n'est pas une excuse légitime et, comme je l'ai indiqué plus haut, sa jeunesse, son degré d'expérience, son degré d'instruction et les circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise entreront pleinement en ligne de compte dans la mesure où ces facteurs seront jugés pertinents. Par conséquent, je n'exprime pas d'avis sur la constitutionnalité de l'inversion de la charge de la preuve qu'opère le par. 215(2).

VI. Dispositif

Je suis en conséquence d'avis d'accueillir le pourvoi formé de plein droit par Naglik sur le deuxième moyen, d'annuler les déclarations de culpabilité relativement aux deux chefs d'accusation et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès à l'égard de chacun de ceux-ci.

Je suis en outre d'avis d'accueillir le pourvoi incident du procureur général de l'Ontario et de donner aux questions constitutionnelles les réponses suivantes:

1. Un fondement objectif de la responsabilité dans le cas de l'art. 215 du *Code criminel* du Canada est-il contraire à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R. Non.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, un fondement objectif de la responsabilité dans le cas de l'art. 215 constitue-t-il une limite raisonnable à l'art. 7 de la *Charte* conformément à l'article premier de la *Charte*?

R. Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française du jugement des juges La Forest, Cory et McLachlin rendu par

LE JUGE MCLACHLIN — Les questions constitutionnelles soulevées par le présent pourvoi se

parents of an infant were charged with bringing about permanent injuries against their own child. In 1987, Christine Naglik (the appellant and respondent on cross-appeal) and her common law husband, Peter Geoffrey Pople, were charged with aggravated assault of, and failure to provide necessities of life to, their infant son, Peter. The facts and judgments below are set out by the Chief Justice.

The appeal and cross-appeal raise two constitutional issues. The first is the scope of the right to not testify in a proceeding against oneself as provided for in the *Canada Evidence Act*, and guaranteed under s. 11(c) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Section 4(6) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, provides:

4. . . .

(6) The failure of the person charged, or of the wife or husband of that person, to testify shall not be made the subject of comment by the judge or by counsel for the prosecution.

The second constitutional issue, raised by cross-appeal, is the validity of s. 215 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, under s. 7 of the *Charter*. Section 215 reads:

215. (1) Every one is under a legal duty

(a) as a parent, foster parent, guardian or head of a family, to provide necessities of life for a child under the age of sixteen years;

(2) Every one commits an offence who, being under a legal duty within the meaning of subsection (1), fails without lawful excuse, the proof of which lies on him, to perform that duty, if

(a) with respect to a duty imposed by paragraph (1)(a) or (b),

posent dans le contexte d'un procès que subissaient les parents d'un enfant en bas âge pour lui avoir causé des lésions permanentes. En 1987, Christine Naglik (appelante; intimée au pourvoi incident) et son conjoint de fait, Peter Geoffrey Pople, ont été accusés de voies de fait graves commises contre leur bébé Peter, et également de ne pas lui avoir fourni les choses nécessaires à l'existence. Les faits ainsi que les jugements des juridictions inférieures sont exposés dans les motifs du Juge en chef.

Le pourvoi et le pourvoi incident soulèvent deux questions constitutionnelles. La première concerne la portée du droit de ne pas avoir à témoigner dans le cadre de poursuites dont on fait soi-même l'objet, lequel droit est prévu dans la *Loi sur la preuve au Canada* et garanti à l'al. 11c) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le paragraphe 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, dispose:

4. . . .

(6) Le défaut de la personne accusée, ou de son conjoint, de témoigner ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou par l'avocat du poursuivant.

La seconde question constitutionnelle, soulevée par voie de pourvoi incident, est celle de la validité de l'art. 215 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, aux termes de l'art. 7 de la *Charte*. L'article 215 dispose:

215. (1) Toute personne est légalement tenue:

a) en qualité de père ou mère, de parent nourricier, de tuteur ou de chef de famille, de fournir les choses nécessaires à l'existence d'un enfant de moins de seize ans;

(2) Commet une infraction quiconque, ayant une obligation légale au sens du paragraphe (1), omet, sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, de remplir cette obligation, si:

a) à l'égard d'une obligation imposée par l'alinéa (1)a) ou b):

(ii) the failure to perform the duty endangers the life of the person to whom the duty is owed, or causes or is likely to cause the health of that person to be endangered permanently;

(ii) ou bien l'omission de remplir l'obligation met en danger la vie de la personne envers laquelle cette obligation doit être remplie, ou expose, ou est de nature à exposer, à un péril permanent la santé de cette personne;

On the first issue, I agree with the Chief Justice.

Sur la première question, je suis d'accord avec le Juge en chef.

On the cross-appeal, I agree with the reasons of the Chief Justice, save for his comments at pp. 142-43 and 145-46, which adopt his view of the objective test for penal negligence discussed in *R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76, released concurrently. I respectfully disagree with the Chief Justice's conclusion that when considering what the accused "ought to have known" under an objective standard, one should have regard to Ms. Naglik's "youth, experience, [and] education", as advocated by the Chief Justice at p. 146. For the reasons discussed in *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3 (released concurrently), it is my view that in determining what Ms. Naglik "ought to have known", the trier of fact must determine the conduct of the reasonable person when engaging in the particular activity of the accused in the specific circumstances that prevailed. These circumstances do not include the personal characteristics of the accused, short of characteristics which deprived her of the capacity to appreciate the risk. Youth, inexperience, and lack of education were not suggested on the evidence to deprive Ms. Naglik of the capacity to appreciate the risk associated with neglecting her child. Therefore, she must be held to the standard of the reasonably prudent person.

Pour ce qui est du pourvoi incident, je souscris aux motifs du Juge en chef, sauf en ce qui concerne ses observations aux pp. 142, 143 et 145, 146, où il adopte au sujet du critère objectif en matière de négligence pénale l'opinion qu'il a exprimée dans l'arrêt *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76, rendu simultanément. Avec égards, je suis en désaccord avec la conclusion du Juge en chef que, en se penchant sur la question de savoir ce que l'accusée «aurait dû savoir» selon une norme objective, on devrait tenir compte de sa «jeunesse, [de] son degré d'expérience [et de] son degré d'instruction», comme le préconise le Juge en chef, à la p. 146. Pour les motifs exposés dans l'arrêt *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3 (rendu simultanément), j'estime que le juge des faits, lorsqu'il détermine ce qu'«aurait dû savoir» M^{me} Naglik, doit établir comment se serait conduite une personne raisonnable se livrant à la même activité que l'accusée dans les mêmes circonstances. Celles-ci ne comprennent pas les caractéristiques personnelles de l'accusée, si ce n'est celles qui ont pu la priver de la capacité d'apprécier le risque. Or, d'après la preuve, M^{me} Naglik ne s'est pas trouvée, pour cause de jeunesse, d'inexpérience et de manque d'instruction, dans l'incapacité d'apprécier le risque qu'il y avait à négliger son enfant. Par conséquent, c'est la norme de la personne raisonnablement prudente qui doit s'appliquer dans son cas.

I agree with the Chief Justice that the appeal should be allowed, the convictions set aside on both counts, and a new trial ordered. I would allow the cross-appeal and answer the constitutional questions as does the Chief Justice.

Je conviens avec le Juge en chef qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi, d'annuler les déclarations de culpabilité relativement aux deux chefs d'accusation et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi incident et de répondre aux questions constitutionnelles de la même façon que le Juge en chef.

The reasons of L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. were delivered by

Les motifs des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier ont été rendus par

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting in part) — As my colleagues point out, this appeal raises constitutional issues in the context of a criminal charge laid against Christine Naglik and her common law husband of one count of aggravated assault and a second count of failure to provide necessities of life to their infant son, Peter. Both were found guilty after a trial before judge and jury. The Ontario Court of Appeal allowed Christine Naglik's appeal on the second count and ordered a new trial on that count: (1991), 3 O.R. (3d) 385, 65 C.C.C. (3d) 272, 46 O.A.C. 81. Christine Naglik's appeal before us raises two issues and the Attorney General for Ontario, in his cross-appeal, raises the constitutionality of *mens rea* under s. 215 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente en partie) — Comme mes collègues l'indiquent, le présent pourvoi soulève des questions constitutionnelles dans le contexte d'une accusation criminelle déposée contre Christine Naglik et son conjoint de fait, soit un chef d'accusation de voies de fait graves commises contre leur bébé Peter, et un second chef d'accusation d'avoir manqué à l'obligation de lui fournir les choses nécessaires à l'existence. Les deux ont été déclarés coupables après un procès devant juge et jury. La Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel de Christine Naglik relativement au second chef d'accusation et ordonné la tenue d'un nouveau procès portant sur ce chef: (1991), 3 O.R. (3d) 385, 65 C.C.C. (3d) 272, 46 O.A.C. 81. Christine Naglik soulève deux questions dans le pourvoi qu'elle a interjeté devant notre Cour, et le procureur général de l'Ontario, dans son pourvoi incident, soulève la question de la constitutionnalité de l'exigence de la *mens rea* dans le contexte de l'art. 215 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

On that last issue, I agree entirely with Justice McLachlin's reasons more fully set out in her reasons in *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3, released concurrently, in which I have concurred. Consequently, I would allow the cross-appeal.

En ce qui concerne cette dernière question, je suis entièrement d'accord avec les motifs de Madame le juge McLachlin, qu'elle expose plus en détail dans l'arrêt *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, rendu simultanément, et auxquels j'ai souscrit. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi incident.

On the issues raised by the main appeal, I will first deal briefly with the question of whether counsel for the co-accused was entitled to comment on the failure of the appellant to testify at trial, a question to which the Chief Justice, in his reasons, has briefly alluded without further comment.

En ce qui concerne les questions soulevées dans le pourvoi principal, j'examinerai brièvement tout d'abord la question de savoir si l'avocat du coaccusé avait le droit de commenter le défaut de l'appelante de témoigner au procès, question à laquelle le Juge en chef a brièvement fait allusion dans ses motifs, mais sans autre commentaire.

That question arises out of s. 4(6) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5:

La question se présente dans le contexte du par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5:

4. . . .

(6) The failure of the person charged, or of the wife or husband of that person, to testify shall not be made the subject of comment by the judge or by counsel for the prosecution.

Since there was no challenge to the constitutionality of s. 4(6) of the Act and given that the majority orders a new trial, I will say only that, in my view, such comment is permitted as part and parcel of the right of an accused to make full answer and defence. Whether one relies on the common law, the *Canada Evidence Act* or the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, there exists no rule of law prohibiting such comment. In particular, there is no unfairness if, like here, a *voir dire* is held and the issue is fully aired before the trial judge.

The second issue raised by the appellant concerns one aspect of the judge's charge to the jury, namely his response to the following question from the jury: "Do we have to agree on guilty or not guilty?" The trial judge answered:

Your question is "do we have to agree on guilty or not guilty". Well, the 12 of you have to agree on a verdict of guilty or not guilty with respect to count one and with respect to each accused. In other words, you must be unanimous one way or the other with respect to each accused and with respect to each count. Is that confusing?

In other words, you have to look at count one and you have to consider the evidence with respect to each accused and bring in your verdict one way or the other. The 12 of you have to come to a decision one way or the other.

On that point, I share the view of the majority of the Court of Appeal for Ontario that the trial judge's charge to the jury contained no error.

On the basis of this Court's decision in *Latour v. The King*, [1951] S.C.R. 19, and an earlier decision

4. . . .

(6) Le défaut de la personne accusée, ou de son conjoint, de témoigner ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou par l'avocat du poursuivant.

Puisque la constitutionnalité du par. 4(6) de la Loi n'a pas été soulevée et que notre Cour, à la majorité, ordonne la tenue d'un nouveau procès, je préciserai seulement que ces commentaires sont, à mon avis, permis comme faisant partie intégrante du droit d'un accusé à une défense pleine et entière. Que l'on se fonde sur la common law, la *Loi sur la preuve au Canada* ou la *Charte canadienne des droits et libertés*, il n'existe aucune règle de droit qui interdise de tels commentaires. Tout particulièrement, il ne saurait y avoir d'injustice si l'on tient un voir-dire, comme en l'espèce, au cours duquel la question est pleinement débattue devant le juge du procès.

La deuxième question soulevée par l'appelante porte sur un aspect de l'exposé au jury, soit la réponse qu'il a donnée à la question suivante formulée par le jury: [TRADUCTION] «Faut-il que nous nous entendions sur un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité?» Le juge du procès y a donné la réponse suivante:

[TRADUCTION] Vous me demandez: «Faut-il que nous nous entendions sur un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité?» Eh bien, vous devez tous les 12 être d'accord sur un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité en ce qui concerne le premier chef d'accusation et à l'égard de chaque accusé. Autrement dit, vous devez vous prononcer à l'unanimité dans un sens ou dans l'autre à l'égard de chaque accusé et de chaque chef d'accusation. Cela vous paraît-il confus?

Autrement dit, il faut que vous preniez le premier chef d'accusation et que vous examiniez la preuve relativement à chacun des accusés, puis que vous rendiez un verdict. Vous devez tous les 12 prendre une décision dans un sens ou dans l'autre.

Sur ce point, je partage l'opinion de la Cour d'appel de l'Ontario, à la majorité, selon laquelle l'exposé du juge au jury n'était pas erroné.

Se fondant sur l'arrêt de notre Cour *Latour c. The King*, [1951] R.C.S. 19, et sur une décision

of the Ontario Court of Appeal, *R. v. DeMarco* (1973), 13 C.C.C. (2d) 369, Galligan J.A., for the majority of the Ontario Court of Appeal, held (at p. 406 O.R.) that it is incumbent upon a trial judge to instruct a jury:

- (1) that the jury must agree unanimously before it can return a verdict, and
- (2) that each juror has the right to disagree.

At the end of his address just prior to the jury retiring to begin their deliberations, the trial judge instructed the jury as follows:

Since this is a criminal trial, you must be unanimous in your verdict. In other words, each and all of you must agree on each verdict that you see fit to return with respect to each accused. It is your right to disagree but I know you will do your best to come to an agreement. This trial has involved considerable time and expense and there have been the lives of people, your lives, the lives of witnesses, have been disrupted and I am certain that no other jury can deal with this matter better than you. [Emphasis added.]

No objection was taken by counsel to this aspect of the charge, and both the majority and the minority of the Court of Appeal were in agreement that these instructions represent an accurate statement of the law. The jury subsequently returned with the following question which I reproduce for ease of convenience: "Do we have to agree on guilty or not guilty?" It is at this point that the alleged error in the charge arose. The trial judge answered as follows:

THE COURT: . . . Well, the 12 of you have to agree on a verdict of guilty or not guilty with respect to count one and with respect to each accused. In other words, you must be unanimous one way or the other with respect to each accused and with respect to each court. Is that confusing?

In other words, you have to look at count one and you have to consider the evidence with respect to each accused and bring in your verdict one way or the other.

antérieure de la Cour d'appel de l'Ontario, *R. c. DeMarco* (1973), 13 C.C.C. (2d) 369, le juge Galligan, s'exprimant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario à la majorité, a statué (à la p. 406 O.R.) qu'il appartient au juge du procès d'informer le jury:

[TRADUCTION]

- (1) qu'il doit être unanime avant de rendre un verdict, et
- (2) que chaque juré a le droit d'être en désaccord.

À la fin de son exposé, juste avant que le jury ne se retire pour délibérer, le juge du procès lui a donné les directives suivantes:

[TRADUCTION] Puisqu'il s'agit d'un procès criminel, vous devez rendre un verdict unanime. En d'autres termes, chacun d'entre vous doit être d'accord sur chaque verdict que vous jugez bon de rendre à l'égard de chacun des accusés. Vous avez le droit d'être en désaccord, mais je sais que vous ferez de votre mieux pour tomber d'accord. Le procès a pris beaucoup de temps et entraîné des dépenses considérables, et la vie de plusieurs — la vôtre et celle des témoins — a été perturbée. Je suis convaincu qu'aucun autre jury ne pourrait faire mieux que vous. [Je souligne.]

Aucune objection n'a été formulée contre cette partie de l'exposé, et la Cour d'appel, tant les juges formant la majorité que le juge minoritaire, est d'accord pour dire que ces directives représentent un énoncé exact du droit applicable. Le jury est ensuite revenu et a demandé la question suivante, que je reproduis par souci de commodité: [TRADUCTION] «Faut-il que nous nous entendions sur un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité?» C'est à ce moment qu'il y aurait eu erreur dans l'exposé. Le juge du procès y a donné la réponse suivante:

[TRADUCTION] LA COUR: [. . .] Eh bien, vous devez tous les 12 être d'accord sur un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité en ce qui concerne le premier chef d'accusation et à l'égard de chaque accusé. Autrement dit, vous devez vous prononcer à l'unanimité dans un sens ou dans l'autre à l'égard de chaque accusé et de chaque chef d'accusation. Cela vous paraît-il confus?

Autrement dit, il faut que vous preniez le premier chef d'accusation et que vous examiniez la preuve relativement à chacun des accusés, puis que vous rendiez un

The 12 of you have to come to a decision one way or the other. Okay. Any problems?

FOREMAN OF THE JURY: No.

As is evident from the foreman's answer, there is no suggestion that the response to the jury's query failed to satisfy their concerns or that it raised further doubts as to the previous instructions. Again, no objection was taken by counsel to those directions of the trial judge. As this Court has held on previous occasions, it is crucial to have regard to the charge as a whole, and the recharge cannot be read in isolation from the trial judge's earlier instructions. In *Laforet v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 869, an earlier case in which this Court considered a recharge regarding the need for a unanimous verdict, Martland J. held at pp. 878-79:

Another ground of appeal raised on behalf of the appellant is that the recharge of the trial judge on the question of a unanimous verdict could have caused a juror reasonably to conclude that the jury did not have a right to disagree.

In my opinion the trial judge's recharge as to unanimity cannot be said to have that effect. Considered in the context of the events which led up to this recharge, and in light of the trial judge's comments in his initial charge, the re-instruction can be seen as no more than a request that the jury again consider the issue as to whether or not they were unanimous in their verdict in order to ensure that the verdict rendered was a true verdict in accordance with their duty as jurors. The trial judge had already made it clear to the jury, in his initial comments to them, that they had the right to disagree. [Emphasis added.]

Here, the jury was clearly instructed that it was entitled to disagree in the judge's initial instructions, and, as the Court of Appeal rightly held, an appellate court should assume that such instructions are understood.

The question as formulated by the jury shows that the members of the jury were not under any misapprehension about their ability to disagree, but

verdict. Vous devez tous les 12 prendre une décision dans un sens ou dans l'autre. D'accord. Avez-vous des problèmes?

PRÉSIDENT DU JURY: Non.

Comme l'indique la réponse du président du jury, rien ne laisse entendre que la réponse à la question ne permettait pas au jury de satisfaire à ses préoccupations ou qu'elle soulevait d'autres doutes relativement aux directives antérieures. De nouveau, aucune objection n'a été formulée relativement à ces directives du juge du procès. Comme notre Cour l'a affirmé à diverses reprises, il est essentiel d'examiner l'ensemble de l'exposé au jury; les nouvelles directives ne peuvent être interprétées séparément des directives initiales du juge du procès. Dans l'arrêt *Laforet c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 869, notre Cour a examiné les nouvelles directives données sur la nécessité d'un verdict unanime, et le juge Martland dit aux pp. 878 et 879:

L'appelant a invoqué comme autre moyen d'appel que les nouvelles directives du juge sur la question du verdict unanime auraient pu raisonnablement amener un juré à conclure que le jury n'avait pas le droit d'être en désaccord.

À mon avis, on ne peut dire que les nouvelles directives du juge sur l'unanimité ont eu cet effet. Examinées dans le contexte des événements qui y ont donné lieu, et à la lumière des remarques du juge du procès dans ses directives initiales, les nouvelles directives ne peuvent être considérées comme rien de plus qu'une demande aux jurés d'examiner de nouveau si leur verdict est unanime afin de garantir que le verdict rendu en est un valide en conformité avec leur devoir de jurés. Le juge du procès leur avait déjà clairement expliqué dans ses remarques initiales qu'ils avaient le droit d'être en désaccord. [Je souligne.]

En l'espèce, le jury a clairement été informé, dans les directives initiales du juge du procès, qu'il avait le droit d'être en désaccord, et une cour d'appel devrait, comme la Cour d'appel a eu raison de le faire, présumer que ces directives ont été comprises.

D'après la question telle que formulée par le jury, les jurés savaient qu'ils pouvaient être en désaccord, mais ils n'étaient pas certains s'ils

rather that they were uncertain as to whether or not they needed to be unanimous in reaching a verdict. To that specific interrogation, the trial judge gave a "full, careful and correct response", as this Court has held is appropriate when a question is asked by a jury (*R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, at pp. 759-60).

As the Court of Appeal concluded, there is no further obligation to provide answers to questions that were not asked. This, in my view, settles this matter.

If, however, there were any doubt, here, as to whether the verdict rendered represented the verdict of each individual juror, it was completely laid to rest by the fact that the jurors were individually polled at the request of counsel for the appellant after the result had been announced by the foreman of the jury.

The charges in this case are very serious and I agree with the majority of the Court of Appeal that the accused had a fair trial and the conviction should stand.

In the result, I would dismiss the principal appeal, allow the cross-appeal and restore the conviction on the second count.

Appeal and cross-appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ and GONTHIER JJ. dissenting in part.

Solictor for the appellant and cross-respondent Naglik: Irwin Koziobrocki, Toronto.

Solicitor for the respondent and cross-appellant Her Majesty The Queen: The Attorney General for Ontario, Toronto.

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

devaient être unanimes pour rendre un verdict. Relativement à la question spécifique posée, le juge du procès a donné une «réponse soignée et correcte», conformément à ce que notre Cour considère approprié relativement à une question posée par un jury (arrêt *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, à la p. 760).

Comme l'a conclu la Cour d'appel, il n'existe pas d'obligation de répondre à des questions qui n'ont pas été posées. À mon avis, ceci clôt la discussion.

Toutefois, si des doutes pouvaient subsister sur le caractère unanime du verdict, ils ont été dissipés lorsque, à la demande de l'avocat de l'appelante, on a procédé à une vérification individuelle du verdict après que le président eut fait connaître la décision du jury.

Les accusations dans la présente affaire sont très sérieuses et je suis d'accord avec la Cour d'appel, à la majorité, que l'accusée a bénéficié d'un procès équitable et que la déclaration de culpabilité doit être maintenue.

En définitive, je suis d'avis de rejeter le pourvoi principal, d'accueillir le pourvoi incident et de rétablir la déclaration de culpabilité relativement au second chef d'accusation.

Pourvoi et pourvoi incident accueillis, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et GONTHIER sont dissidents en partie.

Procureur de l'appelante et de l'intimée au pourvoi incident Naglik: Irwin Koziobrocki, Toronto.

Procureur de l'intimée et de l'appelante au pourvoi incident Sa Majesté la Reine: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

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

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Jacques Gauvin and Daniel Grégoire, Sainte-Foy.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Jacques Gauvin et Daniel Grégoire, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General ^a for Alberta: Paul C. Bourque, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Paul C. Bourque, Edmonton.