

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**A.D.H.** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario** *Intervener*

**INDEXED AS: R. v. A.D.H.**

**2013 SCC 28**

File No.: 34132.

2012: October 11; 2013: May 17.

Present: McLachlin C.J. and Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

*Criminal law — Child abandonment — Mens rea — Accused gave birth in washroom at retail store and left newborn in toilet — Accused testified that she had not realized she was pregnant and that she believed child was born dead — Acquittal entered — Whether fault element is subjective or objective — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 214 “‘abandon’ or ‘expose’”, 218.*

The accused, not previously knowing that she was pregnant, gave birth while using the toilet in a retail store. Thinking the child was dead, she cleaned up as best she could and left, leaving the child in the toilet. The child was in fact alive, was quickly attended to by others and transported to the hospital where he was successfully resuscitated and found to be completely healthy. The accused was eventually identified as the woman seen entering and leaving the washroom at the time in question. When contacted by police, she cooperated fully and confirmed that she was the mother of the child. She was charged with unlawfully abandoning a child under the age of 10 years old and thereby endangering his life contrary to s. 218 of the *Criminal Code*.

The trial judge noted that the accused acknowledged that she had left her child in the toilet, thereby committing the *actus reus* of the s. 218 offence. As for the *mens rea*, the trial judge decided that subjective fault

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**A.D.H.** *Intimée*

et

**Procureur général de l’Ontario** *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : R. c. A.D.H.**

**2013 CSC 28**

N° du greffe : 34132.

2012 : 11 octobre; 2013 : 17 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA SASKATCHEWAN

*Droit criminel — Abandon d’enfant — Mens rea — Accouchement dans les toilettes d’un magasin à rayons et nouveau-né laissé dans la cuvette — Témoignage de l’accusée selon lequel elle ignorait être enceinte et elle avait cru l’enfant mort-né — Acquiescement de l’accusée — L’existence de l’élément de faute doit-elle être déterminée subjectivement ou objectivement? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 214 « “abandonner” ou “exposer” », 218.*

L’accusée, qui ignorait auparavant être enceinte, a accouché pendant qu’elle utilisait les toilettes d’un magasin à rayons. Croyant l’enfant mort-né, elle a nettoyé la cabine de son mieux, puis elle est partie en laissant l’enfant dans la cuvette. Or, ce dernier était vivant, et des gens se sont rapidement occupés de lui. Conduit à l’hôpital, il a été réanimé et déclaré en bonne santé. On a ultérieurement déterminé que l’accusée était la femme qu’on avait vue entrer aux toilettes puis en sortir au moment des faits. Jointe par les policiers, l’accusée a collaboré sans réserve et a confirmé être la mère de l’enfant. Elle a été accusée d’avoir illicitement abandonné un enfant de moins de 10 ans et d’avoir ainsi mis sa vie en danger, contrairement à l’art. 218 du *Code criminel*.

Le juge du procès a relevé que l’accusée avait reconnu avoir laissé l’enfant aux toilettes, de sorte qu’elle avait ainsi commis l’*actus reus* de l’infraction prévue à l’art. 218. Quant à la *mens rea*, il a déterminé que la faute

was required and found that the Crown had not proven beyond a reasonable doubt that the accused intended to abandon her child. She had not known she was pregnant and truly believed she had delivered a dead child. Her fear and confusion explained her subsequent behaviour. The trial judge accordingly found the accused not guilty and dismissed the charge. The majority of the Court of Appeal agreed with the trial judge that s. 218 of the *Criminal Code* requires subjective fault.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Fish, Abella, Cromwell and Karakatsanis JJ.: The text of s. 218 of the *Criminal Code* does not expressly set out a fault requirement, but when read in light of its full context, it supports the conclusion that subjective fault is required. An important part of the context in which we must interpret s. 218 is the presumption that Parliament intends crimes to have a subjective fault element. There is nothing in the text or context of the child abandonment offence to suggest that Parliament intended to depart from requiring subjective fault. The text, scheme and purpose of the provision support this conclusion, and to the extent that Parliament's intent is unclear, the presumption of subjective fault ought to have its full operation in this case. The legislative evolution of the child abandonment offence is, if anything, more supportive than not of this conclusion.

There is no doubt that the purpose of the abandonment offence is the protection of children from risk even when no harm occurs. Viewed in the light of the broad scope of potential liability under s. 218 of the *Criminal Code*, the requirement for subjective fault serves an important purpose of ensuring that the reach of the criminal law does not extend too far. While the conduct and people that fall within s. 218 are broadly defined, the requirement for subjective fault ensures that only those with a guilty mind are punished.

The words “abandon”, “expose” and “wilful” all suggest a subjective fault requirement. The first two of these words involve more than just leaving a child alone or failing to take care of it: they denote awareness of the risk involved and, as defined in s. 214 of the *Criminal Code*, they suggest a requirement for knowledge of the consequences flowing from the prohibited acts of abandonment or exposure. As for the word “wilful”, it is used only in the non-exhaustive definition of the words

devoir être subjective et a statué que le ministère public n'avait pas prouvé hors de tout doute raisonnable que l'accusée avait eu l'intention d'abandonner son enfant. Elle ne se savait pas enceinte et avait sincèrement cru avoir donné naissance à un enfant mort-né. Sa frayeur et son effarement expliquaient son comportement après l'accouchement. Le juge du procès a donc déclaré l'accusée non coupable et rejeté l'accusation pesant contre elle. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont convenu avec lui que la faute devait être subjective pour l'application de l'art. 218 du *Code criminel*.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Fish, Abella, Cromwell et Karakatsanis : Le texte de l'art. 218 du *Code criminel* ne précise pas la nature de la faute requise, mais interprété dans son contexte global, il permet de conclure que la faute doit être subjective. L'un des volets importants du contexte dans lequel il faut interpréter l'art. 218 consiste dans le vœu présumé du législateur qu'un crime s'accompagne d'une faute subjective. Nul élément du texte ou du contexte de la disposition relative à l'abandon d'enfant ne permet de conclure que le législateur a voulu écarter cette présomption, ce que confirment le libellé et l'objectif de la disposition, ainsi que le régime législatif dans lequel elle s'inscrit. Dans la mesure où l'intention du législateur n'est pas claire, la présomption selon laquelle la faute doit être subjective doit s'appliquer sans réserve en l'espèce. À la limite, l'évolution de la disposition qui crée l'infraction d'abandon d'enfant étaye plutôt cette conclusion.

Il ne fait aucun doute que le législateur a créé l'infraction d'abandon afin de protéger les enfants contre le risque de préjudice, que ce risque se réalise ou non. Vu la grande portée de la responsabilité susceptible de découler de l'art. 218 du *Code criminel*, l'exigence d'une faute subjective joue un rôle important en faisant en sorte que le droit criminel n'ait pas une portée excessive. Bien que les actes et les personnes visés par cet article soient définis de manière générale, l'application d'une norme subjective fait en sorte que seule soit punie la personne ayant un état d'esprit coupable.

Les termes « abandonner », « exposer » et « volontaire » supposent tous que la faute doit être appréciée subjectivement. Les deux premiers ne s'entendent pas seulement du fait qu'une personne laisse un enfant seul ou n'en prend pas soin, mais supposent qu'elle a aussi conscience du risque couru et, suivant la définition qui figure à l'art. 214 du *Code criminel*, qu'elle agit en étant consciente des conséquences de l'acte d'abandon ou d'exposition prohibé. En ce qui concerne le mot « *wilful* »

“abandon” and “expose” in relation to omissions, and a wilful omission is the antithesis of a crime involving a mere failure to act in accordance with some minimum level of behaviour. Likewise, the use of the word “likely” in both ss. 214 and 218 does not suggest an objective fault requirement given that it is simply aimed at criminalizing the creation of risk.

Conversely, what is absent from the text of s. 218 of the *Criminal Code* and the broader scheme in which it appears strongly suggest that subjective fault is required. The text of the child abandonment provision does not contain any of the language typically employed by Parliament when it intends to create an offence of objective fault. The prohibition applies to everyone, not just to a particular group engaged in a regulated activity or standing in a particular, defined relationship with the alleged victim. Nothing in the text suggests an intention to impose a minimum and uniform standard of care. There are no references in the text to “dangerous”, “careless” or “reasonable” conduct or any requirement to take “reasonable precautions”. There is no predicate offence and no actual harm is required by the provision, and it does not create, define or impose a duty to do anything other than in the sense that all criminal offences could be considered to create a duty not to commit them. While failure to perform a duty imposed by law on persons in particular relationships is the essence of the necessities of life offence created by s. 215, this is not at all the case with respect to the child abandonment offence under s. 218.

The text, context and purpose of s. 218 of the *Criminal Code* show that subjective fault is required. It follows that the trial judge did not err in acquitting the respondent on the basis that this subjective fault requirement had not been proved. The Court of Appeal was correct to uphold the acquittal.

*Per* Rothstein and Moldaver JJ.: Section 218 is child protection legislation. It targets three limited classes of people faced with a situation where a child under 10 is or is likely to be at risk of death or permanent injury. A common sense approach dictates that the offence is duty-based and that penal negligence is the level of fault required to establish guilt as regards the proscribed consequences. Further support for this view is found in a review of the provision’s language, its placement in the

employé dans la version anglaise, il ne figure que dans la définition non exhaustive des verbes « abandonner » et « exposer » pour qualifier l’omission, et l’omission qui peut être qualifiée de « *wilful* » est à l’antithèse du crime qui consiste seulement dans l’inobservation d’une norme de comportement minimale. De même, l’emploi des mots « pouvant l’exposer » à l’art. 214 et « exposée à l’être » à l’art. 218 n’emporte pas l’application d’une norme objective pour établir l’élément de faute, son but étant seulement de criminaliser la création d’un risque.

À l’inverse, l’absence de certains termes dans le libellé de l’art. 218 du *Code criminel* et dans le régime législatif auquel il appartient tend sérieusement à indiquer que la faute doit être prouvée selon une norme subjective. Le libellé de la disposition relative à l’abandon d’enfant ne renferme aucun des termes dont se sert habituellement le législateur pour créer une infraction dont la perpétration exige une faute objective. L’interdiction est faite à quiconque, et non seulement à un groupe donné se livrant à une activité réglementée ou ayant un lien précis et défini avec la victime alléguée. Aucun élément du libellé ne donne à penser que le législateur a voulu imposer une norme de diligence minimale d’application uniforme. Nulle mention n’est faite d’un comportement « dangereux », « négligent » ou « raisonnable », ou de l’obligation de prendre des « précautions raisonnables ». Il n’y a pas d’infraction sous-jacente, et nul préjudice réel n’est requis. La disposition ne crée, ne définit et n’impose rien au-delà de l’obligation, commune à toutes les infractions criminelles, de ne pas commettre l’acte prohibé. Si l’essence même de l’infraction créée à l’art. 215 réside dans l’omission d’une personne de remplir l’obligation qui lui incombe légalement vis-à-vis d’une personne ayant un lien particulier avec elle, ce n’est pas du tout le cas de l’infraction d’abandon d’enfant que prévoit l’art. 218.

Le libellé, le contexte et l’objet de l’art. 218 du *Code criminel* militent en faveur du caractère subjectif de la faute requise, de sorte que le juge du procès n’a pas eu tort d’acquitter l’intimée au motif qu’une telle faute n’avait pas été prouvée. La Cour d’appel a eu raison de confirmer l’acquiescement.

*Les* juges Rothstein et Moldaver : L’article 218 a pour objet la protection des enfants. Il vise trois catégories de personnes dans la situation où un enfant de moins de 10 ans court ou est susceptible de courir le risque de mourir ou de subir un préjudice permanent. Il appert d’une démarche axée sur le bon sens que l’infraction est fondée sur une obligation et que la négligence pénale correspond au degré de faute requis pour établir la culpabilité à l’égard des conséquences prohibées.

*Criminal Code*, relevant scholarly opinion, its legislative evolution and history and the gravity and social stigma associated with the offence.

Once it is accepted that in enacting s. 218 Parliament intended to guard against dangerous conduct that any reasonable person would foresee is likely to endanger a child's life or expose it to permanent injury, common sense suggests that Parliament would not provide accused persons with a host of defences based on their individual characteristics. Doing so would effectively defeat the provision's purpose of imposing a societal minimum standard of conduct, since crimes of subjective fault require an assessment of personal characteristics to the extent that they tend to prove or disprove an element of the offence.

The recognition that s. 218 sweeps within its ambit persons who are already duty-bound to protect a child leads to the central difficulty with holding that s. 218 is, in its entirety, a subjective *mens rea* offence. If the great bulk of people to whom the provision applies have a pre-existing and ongoing legal duty to take charge of children who fall below the age of 10, it hardly seems reasonable that they should be judged against a subjective *mens rea* standard when the very same people who run afoul of the duty-based provision next door (s. 215 (failure to provide necessities)) are judged on a penal negligence standard in light of this Court's decision in *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122. The result would be a double standard — an objective standard under s. 215 and a subjective standard under s. 218 — for provisions that serve similar, if not identical, purposes.

Section 218 can be read purposefully and harmoniously, such that it applies only to persons who are cloaked with a duty, whether pre-existing and ongoing or situational, to protect a particular child under the age of 10 from death or permanent injury, all of whom are properly subject to an objective standard with respect to the consequences element of s. 218. The s. 214 definition should be restricted in scope as applying only to persons falling into the following three categories: (1) those with a pre-existing and ongoing legal duty to the child; (2) those who come to the aid of the child who is or is likely to be at risk of death or permanent injury, and;

Le libellé de la disposition, son emplacement dans le *Code criminel*, les articles de doctrine s'y rapportant, son évolution et son historique, ainsi que la gravité du crime qu'elle prévoit et la stigmatisation sociale qui y est associée appuient cette conclusion.

Une fois qu'on reconnaît que, en adoptant l'art. 218, le législateur a voulu prévenir le comportement dangereux qui, aux yeux de toute personne raisonnable, est susceptible de mettre la vie d'un enfant en danger ou d'exposer l'enfant à un préjudice permanent, le bon sens veut que le législateur n'ait pas voulu mettre à la disposition de l'accusé une multitude de moyens de défense fondés sur ses caractéristiques personnelles. En effet, une telle mesure irait à l'encontre de l'objectif de la disposition qui consiste à établir une norme de conduite minimale applicable à tous, étant donné qu'une infraction pour laquelle la faute doit être prouvée subjectivement emporte la prise en compte des caractéristiques personnelles qui sont de nature à établir l'existence ou l'inexistence d'un élément de l'infraction.

Reconnaître que des personnes déjà tenues de protéger l'enfant tombent sous le coup de l'art. 218 fait ressortir la principale faille de la conclusion selon laquelle chacun des éléments constitutifs de l'infraction requiert une *mens rea* subjective. Si la plupart des personnes ciblées par la disposition ont l'obligation légale, à la fois préexistante et permanente, de prendre soin d'un enfant de moins de 10 ans, il ne semble guère raisonnable d'apprécier leur intention (*mens rea*) au regard d'une norme de preuve subjective alors que, pour les besoins d'une disposition voisine créant une infraction fondée sur une obligation (l'art. 215 (omission de fournir les choses nécessaires à l'existence)), elles sont soumises à la norme de la négligence pénale suivant l'arrêt *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122. Deux normes s'appliqueraient dès lors, l'une objective sous le régime de l'art. 215, et l'autre subjective sous le régime de l'art. 218, deux dispositions dont l'objet est similaire, voire identique.

L'article 218 peut recevoir une interprétation téléologique et harmonieuse de manière à ne s'appliquer qu'aux personnes ayant une obligation, qu'elle soit préexistante et permanente ou qu'elle découle de certaines situations, de protéger un enfant de moins de 10 ans contre le risque de décès ou de préjudice permanent. Toutes ces personnes sont alors dûment soumises à une norme objective en ce qui concerne les conséquences prohibées à l'art. 218. La définition de l'art. 214 ne devrait viser que trois catégories de personnes : (1) celle qui a l'obligation légale, à la fois préexistante et permanente, de prendre soin de l'enfant, (2) celle qui

(3) those who actually place the child in that situation. Interpreting the scope of s. 218 in this way goes a long way toward addressing concerns about the broad scope of potential liability under the provision.

Section 218 finds its place in Part VIII of the *Criminal Code* under the heading “Duties Tending to Preservation of Life”. It is one of two offences located under that heading — the other being s. 215. This provides some indication that Parliament intended that s. 218 be construed as a duty-based offence. It seems anomalous that Parliament would insert a non-duty-based offence into a thicket of duty-related provisions. The scenario becomes even more remarkable when one appreciates that s. 218 is concerned with inherently dangerous conduct that places or is likely to place the lives and safety of helpless young children at risk. This is the very type of situation which requires a societal minimum standard of conduct and calls out for a standard of fault based on objective foreseeability. Likewise, the plain language of s. 218 — supported by the place of situational duties in Canadian criminal law, the offence’s placement among other duty-based provisions in the *Criminal Code* and the scholarship on s. 218 — leads to the conclusion that the offence of child abandonment is duty-based.

The legislative history of s. 218 further supports the conclusion that the fault element for s. 218 is penal negligence. The provision has never included words of subjective intention, as confirmed by the early English interpretation of the offence. Furthermore, neither the social stigma associated with it nor the gravity of the offence of child abandonment require it to be treated differently than its sister provision s. 215 (failure to provide necessities), where penal negligence was found to be the requisite fault element.

Under a penal negligence standard, a mistake of fact that is both honest and reasonable affords a complete defence. Thus, an objective *mens rea* standard does not punish the morally blameless. In the present circumstances, the trial judge found that the respondent honestly believed that her child was dead at birth and that this belief was objectively reasonable. As such, she was

décide de venir en aide à l’enfant qui court ou qui est susceptible de courir le risque de mourir ou de subir un préjudice permanent et (3) celle qui est à l’origine de cette situation. Pareille interprétation de l’art. 218 répond en bonne partie aux craintes liées à la grande portée de la responsabilité criminelle susceptible de découler de cette disposition.

L’article 218 se trouve à la partie VIII du *Code criminel* sous la rubrique « Devoirs tendant à la conservation de la vie ». Il prévoit l’une des deux infractions figurant sous cette rubrique, l’autre étant celle créée à l’art. 215. L’emplacement de l’art. 218 milite jusqu’à un certain point en faveur de l’intention du législateur d’y créer une infraction fondée sur une obligation. Il paraît donc inhabituel que le législateur insère une infraction non fondée sur une obligation à la suite de dispositions qui se rapportent toutes à des obligations. L’idée paraît d’autant plus insolite que l’art. 218 vise la conduite intrinsèquement dangereuse qui met en danger la vie et la sécurité de jeunes enfants sans défense, ou les expose à un tel risque, le genre même de situation qui exige l’établissement d’une norme de conduite minimale applicable à tous et appelle le recours à une norme de faute fondée sur la prévisibilité objective. Aussi, le texte même de l’art. 218, étayé par le rôle des obligations découlant de certaines situations en droit criminel canadien, par la présence de cet article parmi d’autres dispositions du *Code criminel* qui créent des infractions fondées sur une obligation et par les articles de doctrine portant sur l’art. 218, mène à la conclusion que l’infraction d’abandon d’enfant est fondée sur une obligation.

L’historique de l’art. 218 étaye la conclusion que la négligence pénale correspond à l’élément de faute requis pour la perpétration de l’infraction. La disposition n’a jamais renfermé de termes propres à une intention subjective, comme le confirment les premières interprétations anglaises de la disposition créant l’infraction. En outre, ni la stigmatisation sociale liée à l’infraction d’abandon d’enfant, ni la gravité de celle-ci ne justifient de considérer différemment l’art. 218 de sa disposition apparentée, l’art. 215 (omission de fournir les choses nécessaires à l’existence) lorsque la négligence pénale est tenue pour l’élément de faute requis.

Suivant la norme de la négligence pénale, une erreur de fait commise de bonne foi et de manière raisonnable peut constituer un moyen de défense suffisant. Dès lors, l’application d’une *mens rea* objective n’a pas pour effet de punir la personne moralement innocente. Dans la présente affaire, le juge du procès a estimé que l’intimée avait sincèrement cru son enfant mort-né et que cette

entitled to be acquitted based on the defence of honest and reasonable mistake of fact.

### Cases Cited

By Cromwell J.

**Considered:** *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122; **referred to:** *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63; *R. v. L.M.*, [2000] O.J. No. 5284 (QL); *R. v. C.C.D.*, [1998] O.J. No. 4875 (QL); *R. v. Reedy (No. 2)* (1981), 60 C.C.C. (2d) 104; *R. v. McIntosh*, [2008] O.J. No. 5742 (QL); *R. v. Bokane-Harasz*, 2007 ONCJ 228 (CanLII); *R. v. Christiansen*, [1997] O.J. No. 5733 (QL); *R. v. R. (J.)*, 2000 CarswellOnt 5325; *R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *Sweet v. Parsley*, [1970] A.C. 132; *Watts v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 505; *R. v. Rees*, [1956] S.C.R. 640; *Beaver v. The Queen*, [1957] S.C.R. 531; *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *R. v. Prue*, [1979] 2 S.C.R. 547; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Thérroux*, [1993] 2 S.C.R. 5; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439; *R. v. Beatty*, 2008 SCC 5, [2008] 1 S.C.R. 49; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *R. v. White* (1871), L.R. 1 C.C.R. 311; *R. v. Downes* (1875), 1 Q.B.D. 25; *R. v. Senior*, [1899] 1 Q.B. 283; *R. v. Renshaw* (1847), 2 Cox C.C. 285; *R. v. Hogan* (1851), 2 Den. 277; *R. v. Falkingham* (1870), L.R. 1 C.C.R. 222; *R. v. Boulton* (1957), 41 Cr. App. R. 105; *Re Davis* (1909), 18 O.L.R. 384; *R. v. Buzzanga* (1979), 25 O.R. (2d) 705; *R. v. L.B.*, 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365, leave to appeal refused, [2011] 3 S.C.R. x; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867; *R. v. Roy*, 2012 SCC 26, [2012] 2 S.C.R. 60; *R. v. Finlay*, [1993] 3 S.C.R. 103; *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864; *R. v. Anderson*, [1990] 1 S.C.R. 265; *R. v. J.F.*, 2008 SCC 60, [2008] 3 S.C.R. 215; *R. v. Holzer* (1988), 63 C.R. (3d) 301.

By Moldaver J.

**Considered:** *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122; **referred to:** *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128; *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *R. v. Lohnes*, [1992] 1 S.C.R. 167; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *R. v. Browne* (1997), 33 O.R. (3d) 775; *R. v. Nicholls* (1874), 13 Cox C.C. 75; *R. v. Instan*, [1893] 1 Q.B. 450; *R. v. Salmon* (1880), 6 Q.B.D. 79; *R. v. Coyne* (1958),

croissance était raisonnable sur le plan objectif. Il l'a donc acquittée sur le fondement d'une erreur commise de bonne foi et de manière raisonnable.

### Jurisprudence

Citée par le juge Cromwell

**Arrêt examiné :** *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122; **arrêts mentionnés :** *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63; *R. c. L.M.*, [2000] O.J. No. 5284 (QL); *R. c. C.C.D.*, [1998] O.J. No. 4875 (QL); *R. c. Reedy (No. 2)* (1981), 60 C.C.C. (2d) 104; *R. c. McIntosh*, [2008] O.J. No. 5742 (QL); *R. c. Bokane-Harasz*, 2007 ONCJ 228 (CanLII); *R. c. Christiansen*, [1997] O.J. No. 5733 (QL); *R. c. R. (J.)*, 2000 CarswellOnt 5325; *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *Sweet c. Parsley*, [1970] A.C. 132; *Watts c. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 505; *R. c. Rees*, [1956] R.C.S. 640; *Beaver c. The Queen*, [1957] R.C.S. 531; *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *R. c. Prue*, [1979] 2 R.C.S. 547; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Thérroux*, [1993] 2 R.C.S. 5; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439; *R. c. Beatty*, 2008 CSC 5, [2008] 1 R.C.S. 49; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *R. c. White* (1871), L.R. 1 C.C.R. 311; *R. c. Downes* (1875), 1 Q.B.D. 25; *R. c. Senior*, [1899] 1 Q.B. 283; *R. c. Renshaw* (1847), 2 Cox C.C. 285; *R. c. Hogan* (1851), 2 Den. 277; *R. c. Falkingham* (1870), L.R. 1 C.C.R. 222; *R. c. Boulton* (1957), 41 Cr. App. R. 105; *Re Davis* (1909), 18 O.L.R. 384; *R. c. Buzzanga* (1979), 25 O.R. (2d) 705; *R. c. L.B.*, 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365, autorisation d'appel refusée, [2011] 3 R.C.S. x; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867; *R. c. Roy*, 2012 CSC 26, [2012] 2 R.C.S. 60; *R. c. Finlay*, [1993] 3 R.C.S. 103; *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864; *R. c. Anderson*, [1990] 1 R.C.S. 265; *R. c. J.F.*, 2008 CSC 60, [2008] 3 R.C.S. 215; *R. c. Holzer* (1988), 63 C.R. (3d) 301.

Citée par le juge Moldaver

**Arrêt examiné :** *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122; **arrêts mentionnés :** *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128; *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *R. c. Lohnes*, [1992] 1 R.C.S. 167; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *R. c. Browne* (1997), 33 O.R. (3d) 775; *R. c. Nicholls* (1874), 13 Cox C.C. 75; *R. c. Instan*, [1893] 1 Q.B. 450; *R. c. Salmon* (1880), 6 Q.B.D. 79; *R. c. Coyne*

124 C.C.C. 176; *R. v. Miller*, [1983] 1 All E.R. 978; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439; *R. v. White* (1871), L.R. 1 C.C.R. 311; *R. v. Beatty*, 2008 SCC 5, [2008] 1 S.C.R. 49; *R. v. Roy*, 2012 SCC 26, [2012] 2 S.C.R. 60; *R. v. Senior*, [1899] 1 Q.B. 283; *R. v. Buzzanga* (1979), 25 O.R. (2d) 705; *R. v. L.B.*, 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365, leave to appeal refused, [2011] 3 S.C.R. x; *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29; *R. v. George*, [1960] S.C.R. 871; *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523.

### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting Offences against the Person*, R.S.C. 1886, c. 162, s. 20.  
*Act respecting Offences against the Person*, S.C. 1869, c. 20, ss. 25, 26.  
*Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act*, S.C. 2005, c. 32, ss. 11, 12.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 33.1, Part VIII, 214 “‘abandon’ or ‘expose’”, 215, 216, 217, 217.1, 218, 219, 220, 221, 266, 269, 298, 300.  
*Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51, s. 185 “‘abandon’ or ‘expose’”.  
*Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29, ss. 209 to 211, 216.  
*Offences against the Person Act, 1861* (U.K.), 24 & 25 Vict., c. 100, s. 27.  
*Poor Law Amendment Act, 1868* (U.K.), 31 & 32 Vict., c. 122, s. 37.  
*Prevention of Cruelty to, and Protection of, Children Act, 1889* (U.K.), 52 & 53 Vict., c. 44, ss. 1, 18.  
*Prevention of Cruelty to Children Act, 1894* (U.K.), 57 & 58 Vict., c. 41, s. 1.

### Authors Cited

Colvin, Eric, and Sanjeev Anand. *Principles of Criminal Law*, 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2007.  
 Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.  
 Cross, Rupert. *Statutory Interpretation*, 3rd ed. by John Bell and George Engle. London: Butterworths, 1995.  
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
 Manning, Morris, and Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.  
 Ormerod, David. *Smith and Hogan’s Criminal Law*, 13th ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

(1958), 124 C.C.C. 176; *R. c. Miller*, [1983] 1 All E.R. 978; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439; *R. c. White* (1871), L.R. 1 C.C.R. 311; *R. c. Beatty*, 2008 CSC 5, [2008] 1 R.C.S. 49; *R. c. Roy*, 2012 CSC 26, [2012] 2 R.C.S. 60; *R. c. Senior*, [1899] 1 Q.B. 283; *R. c. Buzzanga* (1979), 25 O.R. (2d) 705; *R. c. L.B.*, 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365, autorisation d’appel refusée, [2011] 3 R.C.S. x; *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29; *R. c. George*, [1960] R.C.S. 871; *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523.

### Lois et règlements cités

*Acte concernant les crimes et délits contre les personnes*, S.R.C. 1886, ch. 162, art. 20.  
*Acte concernant les offenses contre la Personne*, S.C. 1869, ch. 20, art. 25, 26.  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 33.1, partie VIII, 214 « ‘abandonner’ ou ‘exposer’ », 215, 216, 217, 217.1, 218, 219, 220, 221, 266, 269, 298, 300.  
*Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 185 « ‘abandonner’ ou ‘exposer’ ».  
*Code criminel, 1892*, S.C. 1892, ch. 29, art. 209 à 211, 216.  
*Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d’autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, L.C. 2005, ch. 32, art. 11, 12.  
*Offences against the Person Act, 1861* (R.-U.), 24 & 25 Vict., ch. 100, art. 27.  
*Poor Law Amendment Act, 1868* (R.-U.), 31 & 32 Vict., ch. 122, art. 37.  
*Prevention of Cruelty to, and Protection of, Children Act, 1889* (R.-U.), 52 & 53 Vict., ch. 44, art. 1, 18.  
*Prevention of Cruelty to Children Act, 1894* (R.-U.), 57 & 58 Vict., ch. 41, art. 1.

### Doctrine et autres documents cités

Colvin, Eric, and Sanjeev Anand. *Principles of Criminal Law*, 3rd ed. Toronto : Thomson Carswell, 2007.  
 Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd. Montréal : Thémis, 2009.  
 Cross, Rupert. *Statutory Interpretation*, 3rd ed. by John Bell and George Engle. London : Butterworths, 1995.  
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.  
*Grand Robert de la langue française* (en ligne), « abandonner », « désertier », « exposer ».  
 Manning, Morris, and Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law*, 4th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2009.

*Oxford Dictionary of English*, 2nd ed., rev. Oxford: Oxford University Press, 2005, “abandon”, “desert”, “expose”.  
*Oxford English Dictionary*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989.  
 Roach, Kent. “Common Law Bills of Rights as Dialogue Between Courts and Legislatures” (2005), 55 *U.T.L.J.* 733.  
 Roach, Kent. *Criminal Law*, 5th ed. Toronto: Irwin Law, 2012.  
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 6th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2011.  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

Ormerod, David. *Smith and Hogan’s Criminal Law*, 13th ed. Oxford : Oxford University Press, 2011.  
*Oxford English Dictionary*, 2nd ed. Oxford : Clarendon Press, 1989.  
 Roach, Kent. « Common Law Bills of Rights as Dialogue Between Courts and Legislatures » (2005), 55 *U.T.L.J.* 733.  
 Roach, Kent. *Criminal Law*, 5th ed. Toronto : Irwin Law, 2012.  
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 6th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2011.  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Richards, Smith and Ottenbreit JJ.A.), 2011 SKCA 6, 366 Sask. R. 123, 266 C.C.C. (3d) 101, 81 C.R. (6th) 303, [2011] 6 W.W.R. 10, 506 W.A.C. 123, [2011] S.J. No. 5 (QL), 2011 CarswellSask 10, affirming the acquittal entered by Gabrielson J., 2009 SKQB 261, 335 Sask. R. 173, 68 C.R. (6th) 74, [2009] S.J. No. 362 (QL), 2009 CarswellSask 388. Appeal dismissed.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Saskatchewan (les juges Richards, Smith et Ottenbreit), 2011 SKCA 6, 366 Sask. R. 123, 266 C.C.C. (3d) 101, 81 C.R. (6th) 303, [2011] 6 W.W.R. 10, 506 W.A.C. 123, [2011] S.J. No. 5 (QL), 2011 CarswellSask 10, qui a confirmé l’acquittement prononcé par le juge Gabrielson, 2009 SKQB 261, 335 Sask. R. 173, 68 C.R. (6th) 74, [2009] S.J. No. 362 (QL), 2009 CarswellSask 388. Pourvoi rejeté.

*Beverly L. Klatt and W. Dean Sinclair*, for the appellant.

*Beverly L. Klatt et W. Dean Sinclair*, pour l’appelante.

*Valerie N. Harvey*, for the respondent.

*Valerie N. Harvey*, pour l’intimée.

*Gillian Roberts and Jamie Klukach*, for the intervener.

*Gillian Roberts et Jamie Klukach*, pour l’intervenant.

The judgment of McLachlin C.J. and Fish, Abella, Cromwell and Karakatsanis JJ. was delivered by

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Fish, Abella, Cromwell et Karakatsanis rendu par

CROMWELL J. —

LE JUGE CROMWELL —

## I. Overview and Issue

## I. Survol et question en litige

[1] Criminal offences generally consist of prohibited conduct (the *actus reus*) which is committed with a required element of fault (the *mens rea*). This appeal concerns the offence of child abandonment under s. 218 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (the “Code”). The provision prohibits

[1] L’infraction criminelle est généralement constituée d’un acte prohibé (l’*actus reus*) et de l’élément de faute requis (la *mens rea*). Le pourvoi porte sur l’infraction d’abandon d’enfant que prévoit l’art. 218 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (le « Code »). La disposition criminalise l’acte

abandoning or exposing a child under the age of 10 years so that the child's life is (or is likely to be) endangered, or its health is (or is likely to be) permanently injured. (The full text of the provision is found in the Appendix.) The question on appeal concerns the fault element of the offence: Is the fault element to be assessed subjectively or objectively?

[2] The issue arises out of a heart-rending story which, fortunately, has a happy ending. The respondent, not previously knowing that she was pregnant, gave birth to a baby boy while using the toilet in a Wal-Mart store. Thinking the child was dead, she cleaned up as best she could and left, leaving the child in the toilet. The child was in fact alive, was quickly attended to by others and, by all reports, is now a healthy little boy. The trial judge believed the respondent's claim that she was not aware of her pregnancy until the child appeared and that she believed the child was dead when she left him. Thus, whether the fault element is assessed according to what the respondent actually knew or by what a reasonable person would have known and done is an important issue in this case.

[3] In general terms, when a fault element is assessed subjectively, the focus is on what the accused actually knew: Did the accused know that abandoning the child would put the child's life or health at risk? If, as the respondent believed, the child was dead when she abandoned him, she would not know that her abandonment of him risked putting his life or health at risk. Again to speak generally, when assessed objectively, the focus is not on what the accused actually knew, but on whether a reasonable person in those circumstances would have seen the risk and whether the accused's conduct is a marked departure from what a reasonable person would have done. If a court were persuaded that a reasonable person would have seen the risk of abandoning the child in these circumstances and concluded that the accused's conduct was a marked departure from that expected of a reasonable person, the fault element would be established even though the accused in fact did not see the risk.

d'abandonner ou d'exposer un enfant de moins de 10 ans de manière que sa vie soit effectivement mise en danger (ou exposée à l'être), ou que sa santé soit effectivement compromise de façon permanente (ou exposée à l'être). (Le texte intégral de la disposition est reproduit en annexe.) Le litige a pour objet l'élément moral de l'infraction : la faute doit-elle être appréciée subjectivement ou objectivement?

[2] Une histoire bouleversante, qui s'est heureusement bien terminée, est à l'origine de l'instance. L'intimée, qui ne se savait pas enceinte, a donné naissance à un garçon dans les toilettes d'un magasin Wal-Mart. Croyant l'enfant mort, elle est partie en le laissant dans la cuvette, après avoir nettoyé la cabine de son mieux. Des gens se sont rapidement occupés du nouveau-né, qui était vivant, et tout porte à croire que ce dernier est aujourd'hui un petit garçon bien portant. Le juge du procès a cru l'intimée lorsqu'elle a affirmé n'avoir appris sa grossesse qu'à la naissance de l'enfant et avoir cru que celui-ci était mort lorsqu'elle l'avait laissé aux toilettes. Ainsi, la question qui importe en l'espèce est celle de savoir si l'existence de l'élément de faute requis doit être déterminée en fonction de ce que l'intimée savait réellement ou de ce qu'une personne raisonnable aurait su et fait.

[3] En règle générale, lorsque l'élément de faute est apprécié subjectivement, on s'attache à ce dont l'accusé avait réellement conscience : savait-il que l'abandon de l'enfant compromettrait sa vie ou sa santé? Si, comme elle le prétend, l'intimée croyait l'enfant mort lorsqu'elle l'a abandonné, elle ignorait que son abandon risquait de compromettre sa vie ou sa santé. Toujours en règle générale, lorsque l'élément de faute est apprécié objectivement, on ne se demande pas ce que l'accusé savait réellement, mais bien si une personne raisonnable s'étant trouvée dans la même situation aurait eu conscience du risque et si le comportement de l'accusé s'écarte de façon marquée de ce qu'une personne raisonnable aurait fait. Dès lors, si le tribunal est convaincu qu'une personne raisonnable aurait eu conscience du risque que présentait l'abandon de l'enfant dans les circonstances et qu'il conclut que le comportement de l'accusé s'écarte de façon marquée de celui auquel on se serait attendu d'une personne raisonnable, l'élément de faute requis est établi même si, dans les faits, l'accusé n'a pas eu conscience du risque.

[4] It follows that the issue for decision is this:

- Does s. 218 of the *Code* require proof that the accused knew that the acts of alleged abandonment or exposure of a child were such that the abandoned child's life was or was likely to be endangered or his or her health permanently injured, as the respondent contends? Or, as the appellant Crown contends, is the fault element established by proof that the accused's conduct constituted a marked departure from that expected of a reasonable person in the same circumstances and that the risk to the child's life or health would have been a foreseeable result by such a person?

[5] As I will explain, I agree with the respondent that the trial judge and the majority judges of the Court of Appeal were correct to require subjective fault. I would therefore dismiss the Crown's appeal.

## II. Facts and Proceedings

### A. *Overview of the Facts*

[6] On May 21, 2007, users of the washroom at a Wal-Mart store discovered a puddle of blood on the floor of one of the stalls and heard the sounds of a young woman who we know now to have been the respondent struggling inside. The customers alerted the store staff, but when an assistant manager asked the young woman if she was all right, she responded from inside the stall that she was fine.

[7] Shortly thereafter, a customer reported that she had discovered a baby's arm sticking out of the toilet bowl of the stall where the young woman had been. Other customers had seen the baby by that point, but all of them thought it was dead. When the store manager went into the bathroom to see what was happening, he observed that the baby's leg had started twitching. He pulled the baby out of the toilet. An emergency response team was called and the baby, A.J.H., was transported to the hospital where he was successfully resuscitated and found to be completely healthy.

[4] La question à trancher est donc la suivante :

- L'article 218 du *Code* exige-t-il, comme le prétend l'intimée, la preuve que l'accusé savait que les actes d'abandon ou d'exposition reprochés faisaient en sorte que la vie de l'enfant soit effectivement mise en danger ou exposée à l'être ou que sa santé soit effectivement compromise de façon permanente ou exposée à l'être? Ou, comme le prétend le ministère public, l'élément de faute est-il établi par la preuve que le comportement de l'accusé s'écarte de façon marquée de celui auquel on s'attendrait d'une personne raisonnable se trouvant dans la même situation et que le risque pour la vie ou la santé de l'enfant constituait une conséquence prévisible par une telle personne?

[5] Comme je l'explique ci-après, je conviens avec l'intimée que le juge du procès et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont eu raison d'appliquer une norme subjective. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi du ministère public.

## II. Faits et historique judiciaire

### A. *Aperçu des faits*

[6] Le 21 mai 2007, dans les toilettes d'un magasin Wal-Mart, des femmes ont remarqué une mare de sang sur le plancher de l'une des cabines et ont entendu une jeune femme — l'intimée — geindre à l'intérieur. Elles ont alerté le personnel du magasin, mais lorsqu'une gérante adjointe a demandé à la jeune femme comment elle allait, celle-ci a répondu que tout allait bien.

[7] Peu de temps après, une cliente a dit avoir vu le bras d'un bébé dépasser de la cuvette dans la cabine qu'avait utilisée la jeune femme. D'autres clientes avaient alors vu le bébé, mais toutes l'avaient cru mort. Lorsque le gérant du magasin est entré dans les toilettes pour voir ce qui se passait, il a remarqué qu'une des jambes du bébé s'était mise à bouger. Il a retiré le bébé de la cuvette. Une équipe d'intervention d'urgence a été appelée. Le bébé, A.J.H., a été transporté à l'hôpital, où il a été réanimé et déclaré en pleine santé.

[8] Police gave video surveillance tapes of the store to various media outlets and the respondent was eventually identified as the woman seen entering and leaving the washroom at the time in question. When contacted by police, she cooperated fully and confirmed that she was the mother of the child. She was charged with unlawfully abandoning a child under the age of 10 years and thereby endangering his life contrary to s. 218 of the *Code*.

[9] At her trial, the respondent testified. She was 22 years of age by that time and was living with her boyfriend and their baby, S.K. Prior to the birth of A.J.H., she had been gaining weight and so she had taken three home pregnancy tests, all of which were negative. She did not believe she was pregnant because she had been getting her period every month prior to the birth. When she arrived at the Wal-Mart store, she was not feeling well and so she went to the bathroom, where she gave birth a minute or two later. She was surprised by the birth. She did not try to pick the baby up because it was all blue and she thought it was dead. She did not respond to offers for help or tell anyone what had happened because she was afraid. She tried to clean up the blood on the floor and then returned to her friend's car.

[10] When she heard the police were looking for her, the respondent told her mother she was the one that had given birth to the baby in the store. When she found out the baby was alive, she was eager to see him. He now lives with the respondent's mother and the respondent visits him almost every day. A.D.H. testified that it took her five or six months to realize that she was pregnant with her second child, S.K.

B. *Court of Queen's Bench, 2009 SKQB 261, 335 Sask. R. 173 (Gabrielson J.)*

[11] The trial judge noted that the respondent acknowledged that she had left her child in the toilet at the Wal-Mart store, thereby committing the *actus reus* of the s. 218 offence. As for the fault element, the trial judge decided that subjective fault was required. He therefore expressed the issue he had to decide as follows: “. . . whether the

[8] Après que la police eut transmis aux différents médias les bandes vidéo des caméras de surveillance du magasin, on a déterminé que l'intimée était celle qui était entrée aux toilettes et en était sortie au moment des faits. Lorsque la police a communiqué avec elle, l'intimée a collaboré sans réserve et confirmé être la mère de l'enfant. Elle a été accusée d'avoir abandonné illicitement un enfant de moins de 10 ans et d'avoir ainsi mis sa vie en danger, contrairement à l'art. 218 du *Code*.

[9] L'intimée, qui avait alors 22 ans et vivait avec son petit ami et leur bébé, S.K., a témoigné à son procès. Avant la naissance d'A.J.H., elle avait pris du poids et avait donc fait trois tests de grossesse maison, tous négatifs. Elle ne croyait pas être enceinte car elle avait eu ses règles tous les mois avant la naissance. À son arrivée au magasin Wal-Mart, elle s'est sentie mal et s'est donc rendue aux toilettes. À son étonnement, elle a accouché une minute ou deux plus tard. Elle n'a pas essayé de prendre le bébé, car il était tout bleu et elle le croyait mort. Effrayée, elle a décliné les offres d'aide et s'est abstenue de dire à quiconque ce qui s'était passé. Après avoir tenté d'éponger le sang répandu par terre, elle est retournée à la voiture de son ami.

[10] Lorsqu'elle a appris que les policiers la recherchaient, l'intimée a dit à sa mère que c'était elle la femme qui avait accouché dans le magasin. Lorsqu'elle a su que le bébé était vivant, elle a voulu le voir sans délai. L'enfant vit aujourd'hui avec sa grand-mère maternelle, et l'intimée lui rend visite presque tous les jours. L'intimée a déclaré qu'il lui avait fallu cinq ou six mois pour se rendre compte qu'elle était enceinte de son deuxième enfant, S.K.

B. *Cour du Banc de la Reine, 2009 SKQB 261, 335 Sask. R. 173 (le juge Gabrielson)*

[11] Le juge du procès relève que l'intimée a reconnu avoir laissé son enfant dans les toilettes du magasin Wal-Mart, de sorte qu'elle a ainsi commis l'*actus reus* de l'infraction prévue à l'art. 218. S'agissant de l'élément de faute, le juge du procès opine que la faute doit être subjective. Il formule donc comme suit la question à trancher :

accused . . . intended to abandon the child, A.J.H., or did so recklessly with full knowledge of the facts and circumstances or was wilfully blind in respect to them” (para. 15).

[12] The trial judge answered this question in the negative and found that the Crown had not proven beyond a reasonable doubt that the respondent intended to abandon her child (paras. 23-26). The accused had been credible in her testimony. She had not known she was pregnant and truly believed she had delivered a dead child. Her fear and confusion explained her subsequent behaviour. The trial judge also relied on the evidence of Dr. Simpson, who testified that, “[u]nder these circumstances of an unknown pregnancy and a premature, precipitous birth, it is understandable that the accused thought the child was not alive and that she would be scared or panicked, not request help and immediately leave the scene of the birth” (para. 24). Thus, the trial judge found the respondent not guilty and dismissed the charge (para. 26).

C. *Court of Appeal, 2011 SKCA 6, 366 Sask. R. 123 (Richards, Smith and Ottenbreit JJA.)*

[13] Richards J.A. (Smith J.A. concurring) agreed with the trial judge that s. 218 of the *Code* requires subjective fault. He supported his conclusion with a detailed analysis of the text and context of the provision. On the other hand, Ottenbreit J.A. concluded that s. 218 only requires an objective fault element, but that an honest and reasonable mistake of fact could be a defence. He found that the respondent had acted on the basis of the mistaken but reasonable belief that her child was dead and concluded that the trial judge’s verdict of acquittal should be upheld on that basis.

### III. Brief Summary of the Positions of the Parties

[14] The appellant Crown submits that the fault element of the child abandonment offence should be

[TRADUCTION] « . . . l’accusée [. . .] a-t-elle eu l’intention d’abandonner A.J.H., le nouveau-né, ou, consciente des faits et des circonstances, a-t-elle fait preuve d’insouciance, ou a-t-elle ignoré volontairement ces faits et ces circonstances » (par. 15)?

[12] Le juge du procès répond par la négative et conclut que le ministère public n’a pas prouvé hors de tout doute raisonnable que l’intimée avait eu l’intention d’abandonner son enfant (par. 23-26). Le témoignage de l’accusée était digne de foi. Elle ne savait pas qu’elle était enceinte et elle croyait sincèrement avoir accouché d’un enfant mort-né. Sa frayeur et son effarement expliquaient son comportement ultérieur. Le juge du procès se fonde également sur le témoignage du Dr Simpson selon lequel, [TRADUCTION] « [c]omme l’accusée ignorait sa grossesse et que la naissance est survenue prématurément et rapidement, on peut concevoir que l’accusée ait cru l’enfant mort et qu’elle ait été effrayée ou en proie à la panique, qu’elle n’ait pas demandé d’aide et qu’elle ait quitté immédiatement les lieux » (par. 24). Le juge du procès déclare donc l’intimée non coupable et rejette l’accusation (par. 26).

C. *Cour d’appel, 2011 SKCA 6, 366 Sask. R. 123 (les juges Richards, Smith et Ottenbreit)*

[13] Le juge Richards (avec l’accord de la juge Smith) convient avec le juge du procès que l’art. 218 du *Code* exige la preuve d’une faute subjective, ce que confirme son analyse détaillée du libellé et du contexte de la disposition. Le juge Ottenbreit conclut pour sa part qu’il y a lieu d’appliquer une norme objective, mais qu’une erreur de fait commise de bonne foi et de manière raisonnable peut constituer un moyen de défense. Il estime que l’intimée a agi sur le fondement de la croyance erronée mais raisonnable que son enfant était mort et il conclut que le verdict d’acquittal du juge du procès doit être confirmé pour ce motif.

### III. Résumé des thèses des parties

[14] Le ministère public appelant soutient que l’élément de faute de l’infraction d’abandon d’enfant

assessed “objectively” according to what has been called the “penal negligence” standard, whereas the respondent submits that the fault element should be assessed subjectively, adopting the position taken by the trial judge and a majority of the Court of Appeal.

[15] In this case, a penal negligence standard means that the Crown must prove two things to establish the fault element: first, that the risk to the child resulting from the respondent’s acts would have been foreseeable by a reasonable person in the same circumstances and, second, that her conduct was a marked departure from the conduct expected of a reasonable person in those circumstances. Penal negligence is the fault element that applies to the offence of failing to provide a child with the necessities of life under s. 215 of the *Code* and the Crown submits that the same standard of fault should apply here.

[16] On the other hand, a subjective standard means, in the context of an offence under s. 218 of the *Code*, that the fault element requires proof at least of recklessness, in other words that the accused persisted in a course of conduct knowing of the risk which it created. Subjective fault, of course, may also refer to other states of mind. It includes *intention* to bring about certain consequences; actual *knowledge* that the consequences will occur; or *wilful blindness* — that is, knowledge of the need to inquire as to the consequences and deliberate failure to do so. But here, the element of risk (“is likely to”) is part of the definition of the prohibited consequences: the prohibited consequences under s. 218 are that the child’s life “is or is likely to be” endangered or its health “is or is likely to be” permanently injured. It is because the definition of the offence incorporates the notion of risk to life or health that a subjective fault element would require the Crown to show at least recklessness, that is, that the accused actually knew of the risk to the child’s life or health. (Wilful blindness would also suffice, but was not argued in this case. I also note that self-induced intoxication is not relevant here and was not argued. I do not find it either necessary or desirable to speculate about the

doit être apprécié [TRADUCTION] « objectivement » en fonction de ce qu’on appelle la norme de la « négligence pénale », tandis que l’intimée prétend que l’existence de cet élément doit être appréciée subjectivement, comme l’affirment le juge du procès et les juges majoritaires de la Cour d’appel.

[15] Suivant la norme de la négligence pénale, le ministère public doit en l’espèce prouver deux choses pour établir l’élément de faute : premièrement, qu’une personne raisonnable s’étant trouvée dans la même situation aurait pu prévoir que les actes de l’intimée mettraient l’enfant en danger et, deuxièmement, que le comportement de l’intimée s’écartait de façon marquée de celui auquel on se serait attendu d’une personne raisonnable dans les mêmes circonstances. La négligence pénale correspond à l’élément de faute requis aux fins de l’infraction prévue à l’art. 215 du *Code*, qui consiste à ne pas fournir à un enfant les choses nécessaires à son existence, et le ministère public affirme que la même norme s’applique en l’espèce à l’égard de la faute.

[16] Par ailleurs, établir l’élément de faute requis selon une norme subjective pour les besoins de l’infraction prévue par l’art. 218 du *Code* exige tout au moins de prouver que l’accusée a agi avec insouciance, c’est-à-dire qu’elle a persisté dans sa conduite malgré sa conscience du risque. Bien entendu, la faute subjective peut également s’entendre d’autres états d’esprit, dont l’*intention* que certaines conséquences s’ensuivent, le fait de *savoir* que ces conséquences s’ensuivront ou l’*aveuglement volontaire*, soit l’omission délibérée de s’enquérir des conséquences alors qu’on sait qu’il faudrait le faire. Or, en l’espèce, le risque couru (« [est] exposée à l’être ») fait partie des conséquences mentionnées dans la définition de l’infraction, à savoir mettre « effectivement » la vie de l’enfant en danger ou l’y « expos[er] » ou compromettre « effectivement » et de façon permanente sa santé, ou l’y « exposer ». Puisque la définition de l’infraction englobe la notion de risque pour la vie ou la santé, une norme subjective exige du ministère public qu’il démontre que l’accusée a tout au moins agi avec insouciance, c’est-à-dire qu’elle était consciente du risque pour la vie ou la santé de l’enfant. (Il lui suffirait par ailleurs d’établir l’aveuglement volontaire, mais celui-ci

various issues that would arise if it were raised in the context of this general intent offence. Simply by way of example, one would have to consider among other things issues such as whether the *ratio* of *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63, applies, whether its application would or should be any different depending on whether the offence requires subjective or objective fault and whether the child abandonment offence falls within the exclusion from the self-induced intoxication defence set out in s. 33.1(3) of the *Code* relating to offences that include as an element any interference or threat of interference by a person with the bodily integrity of another person.)

[17] The respondent also submits, in the alternative, that even if the required fault element is objective, the appeal should nonetheless be dismissed because she acted on the basis of a reasonable mistake of fact, that is, that the child was dead when she left him. I do not need to address this submission as I conclude that the fault element is subjective and therefore that the trial judge did not err in acquitting the respondent on the basis that the fault element had not been proved.

#### IV. Analysis

##### A. *Introduction*

[18] This Court has never addressed the fault element for the child abandonment offence and the relatively scant jurisprudence in other courts is inconclusive on this issue. Some cases have applied a subjective standard of fault: *R. v. L.M.*, [2000] O.J. No. 5284 (QL) (Ct. J.), at para. 49; *R. v. C.C.D.*, [1998] O.J. No. 4875 (QL) (Ct. J. (Prov. Div.)), at paras. 24-30; *R. v. Reedy (No. 2)* (1981), 60 C.C.C. (2d) 104 (Ont. D.C.J.C.C.), at pp. 106-8. Others have either applied an objective standard or been unclear about the standard: *R. v. McIntosh*, [2008] O.J. No. 5742 (QL) (Ct. J.), at paras. 32-33; *R. v. Bokane-Harasz*, 2007 ONCJ 228 (CanLII),

n'a pas été invoqué en l'espèce. La question de l'intoxication volontaire ne se pose pas non plus et n'a donc pas été abordée. Il ne me paraît ni nécessaire ni souhaitable de conjecturer sur les différentes questions qui se poseraient si ce moyen de défense avait été opposé à la perpétration alléguée de cette infraction d'intention générale. Mentionnons simplement, à titre d'exemple, qu'il faudrait alors déterminer entre autres si le raisonnement suivi dans l'arrêt *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63, vaut, si son application différencierait ou devrait différer selon que la perpétration de l'infraction suppose une faute subjective ou objective et si l'infraction d'abandon d'enfant tombe sous le coup de l'exclusion du moyen de défense de l'intoxication volontaire que prévoit le par. 33.1(3) du *Code* relativement aux infractions dont l'un des éléments constitutifs est l'atteinte ou la menace d'atteinte à l'intégrité physique d'une personne.)

[17] L'intimée fait valoir subsidiairement que même si la faute requise est de nature objective, le pourvoi doit malgré tout être rejeté parce qu'elle a agi sur la foi d'une erreur de fait raisonnable, à savoir que l'enfant était mort lorsqu'elle l'a laissé au magasin. Point n'est besoin de statuer sur cette prétention vu ma conclusion que la faute requise est subjective et que, par conséquent, le juge du procès n'a pas eu tort d'acquitter l'intimée au motif que l'élément de faute requis n'avait pas été établi.

#### IV. Analyse

##### A. *Introduction*

[18] Notre Cour ne s'est jamais penchée sur l'élément de faute requis dans le cas d'un abandon d'enfant, et les quelques décisions d'autres tribunaux sur le sujet ne règlent pas la question. La norme subjective a été retenue dans certaines affaires : *R. c. L.M.*, [2000] O.J. No. 5284 (QL) (C.J.), par. 49; *R. c. C.C.D.*, [1998] O.J. No. 4875 (QL) (C.J. (Div. prov.)), par. 24-30; *R. c. Reedy (No. 2)* (1981), 60 C.C.C. (2d) 104 (c.j.c.j.c.d. Ont.), p. 106-108. Dans d'autres, le tribunal a eu recours à une norme objective ou ne s'est pas prononcé clairement sur la norme applicable : *R. c. McIntosh*, [2008] O.J. No. 5742 (QL) (C.J.), par. 32-33; *R. c. Bokane-Harasz*, 2007

at paras. 25-26; *R. v. Christiansen*, [1997] O.J. No. 5733 (QL) (Ct. J. (Prov. Div.)), at paras. 8 and 18-19; *R. v. R. (J.)*, 2000 CarswellOnt 5325 (Ct. J.).

[19] Given that existing case law does not settle the question, our task is to “discern the intent of Parliament, having regard to the purpose of the section and the applicable principles of statutory construction”: *R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76, at p. 89. We must, therefore, read the words of the statute in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the statute, its objective and the intention of Parliament: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at p. 41 (quoting E. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87).

#### B. *Statutory Interpretation and Fault Requirements*

[20] Discerning parliamentary intent in relation to the fault element of crimes is often not an easy task. Offences that have long been held to have subjective fault requirements do not expressly say so and even when Parliament decides to expressly set out fault requirements, it does not use language consistently: M. Manning and P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (4th ed. 2009), at pp. 148-49. As a result, the courts must, and often do, infer the fault element: see, e.g., *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, per Dickson J. (as he then was), at p. 146; *Sweet v. Parsley*, [1970] A.C. 132 (H.L.), per Lord Reid, at p. 148; K. Roach, *Criminal Law* (5th ed. 2012), at pp. 163-64.

[21] In my view, this is such a case. The text of the provision does not expressly set out a fault requirement, but the text read in light of its full context supports the conclusion that subjective fault is required. I will begin my analysis by touching on an important presumption of parliamentary intent that applies here and then turn to the purpose, text and scheme of the provision. In the course of that analysis, I will explain why, in my opinion, the Crown’s position that this is an offence of penal negligence must be rejected.

ONCJ 228 (CanLII), par. 25-26; *R. c. Christiansen*, [1997] O.J. No. 5733 (QL) (C.J. (Div. prov.)), par. 8 et 18-19; *R. c. R. (J.)*, 2000 CarswellOnt 5325 (C.J.).

[19] Puisque la jurisprudence actuelle ne permet pas de trancher, il nous faut « dégager l’intention du législateur, eu égard à l’objet de la disposition et aux principes applicables d’interprétation des lois » : *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76, p. 89. Par conséquent, nous devons interpréter les termes utilisés dans la loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, son objet et l’intention du législateur : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, p. 41 (citant E. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87).

#### B. *Interprétation législative et norme applicable en matière de faute*

[20] Il est souvent difficile de dégager l’intention du législateur en ce qui concerne l’élément de faute d’un crime. Le libellé d’infractions dont on reconnaît depuis longtemps que la perpétration exige une faute subjective ne l’indique pas expressément, et même lorsque le législateur précise quelle norme s’applique, il ne le fait pas de manière uniforme : M. Manning et P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law* (4<sup>e</sup> éd. 2009), p. 148-149. Les tribunaux doivent donc inférer la nature de l’élément de faute, et ils le font souvent : voir, p. ex., *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), p. 146; *Sweet c. Parsley*, [1970] A.C. 132 (H.L.), lord Reid, p. 148; K. Roach, *Criminal Law* (5<sup>e</sup> éd. 2012), p. 163-164.

[21] À mon sens, il s’agit en l’espèce d’un tel cas. Le libellé de la disposition ne précise pas la nature de la faute requise, mais interprété dans son contexte global, il étaye la conclusion que la faute doit être subjective. J’entreprends mon analyse en me penchant sur une présomption importante qui s’applique en l’espèce à l’intention du législateur, puis j’examinerai l’objet et le texte de la disposition, ainsi que le régime législatif établi. Ce faisant, j’expliquerai pourquoi il faut à mon avis rejeter la thèse du ministère public selon laquelle la norme de la négligence pénale s’applique à l’infraction.

### C. *The Broader Context*

[22] I will review three elements of the broader context of the child abandonment provision: the presumption of legislative intent in favour of subjective fault, the provision's legislative evolution and finally its purpose.

#### 1. Presumed Legislative Intent

[23] An important part of the context in which we must interpret s. 218 is the presumption that Parliament intends crimes to have a subjective fault element. The Court has stated and relied on this interpretative principle on many occasions: see, e.g., *Watts v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 505, at p. 511; *R. v. Rees*, [1956] S.C.R. 640, at p. 652; *Beaver v. The Queen*, [1957] S.C.R. 531, at pp. 542-43; *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, at pp. 1303 and 1309-10; *R. v. Prue*, [1979] 2 S.C.R. 547, at pp. 551 and 553; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at p. 871; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, at p. 645; *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5, at p. 18; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439, at para. 64. Perhaps the classic statement is that of Dickson J. (as he then was) for the Court in *Sault Ste. Marie*:

In the case of true crimes there is a presumption that a person should not be held liable for the wrongfulness of his act if that act is without *mens rea* . . . .

. . . Where the offence is criminal, the Crown must establish a mental element, namely, that the accused who committed the prohibited act did so intentionally or recklessly, with knowledge of the facts constituting the offence, or with wilful blindness toward them. Mere negligence is excluded from the concept of the mental element required for conviction. Within the context of a criminal prosecution a person who fails to make such enquiries as a reasonable and prudent person would make, or who fails to know facts he should have known, is innocent in the eyes of the law. [Citations omitted; pp. 1303 and 1309-10.]

[24] Notwithstanding these many statements, the Crown in effect submits that there is no such presumption of legislative intent because it has not always been applied. The Crown notes that there are many offences in the *Code* that do not require subjective fault and further that there is no absolute rule requiring

### C. *Le contexte général*

[22] J'examine trois éléments du contexte général de la disposition créant l'infraction d'abandon d'enfant : la présomption que le législateur a voulu l'application d'une norme subjective, l'évolution de la disposition et, enfin, son objet.

#### 1. L'intention présumée du législateur

[23] Le vœu présumé du législateur qu'un crime s'accompagne d'une faute subjective constitue un volet important du contexte dans lequel nous devons interpréter l'art. 218. Notre Cour a énoncé ce principe d'interprétation et y a recouru à nombre d'occasions : voir, p. ex., *Watts c. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 505, p. 511; *R. c. Rees*, [1956] R.C.S. 640, p. 652; *Beaver c. The Queen*, [1957] R.C.S. 531, p. 542-543; *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, p. 1303 et 1309-1310; *R. c. Prue*, [1979] 2 R.C.S. 547, p. 551 et 553; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, p. 871; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, p. 645; *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5, p. 18; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, par. 64. Selon moi, l'énoncé classique est celui du juge Dickson (plus tard Juge en chef) au nom de la Cour dans *Sault Ste-Marie* :

Dans le cas de crimes véritables, il existe la présomption que nul ne doit être tenu responsable de son acte illicite, s'il est fait sans *mens rea* . . . .

. . . Dans le cas d'une infraction criminelle, le ministère public doit établir un élément moral, savoir que l'accusé qui a commis l'acte prohibé l'a fait intentionnellement ou sans se soucier des conséquences, en étant conscient des faits constituant l'infraction ou en refusant volontairement de les envisager. L'élément moral exigé pour qu'il y ait [déclaration de culpabilité] exclut la simple négligence. Dans le contexte d'une poursuite criminelle, est innocente aux yeux de la loi la personne qui néglige de demander les renseignements dont s'enquerrait quelqu'un de raisonnable et de prudent ou qui ne connaît pas des faits qu'elle devrait connaître. [Renvois omis; p. 1303 et 1309-1310.]

[24] Le ministère public soutient néanmoins qu'on ne saurait présumer que telle est l'intention du législateur car le principe ne s'applique pas toujours. Il signale en effet que, dans le *Code*, de nombreuses infractions n'exigent pas de faute subjective et que la symétrie parfaite entre l'élément de faute et les

complete symmetry between the fault element and the prohibited consequences of the offence. In my view, however, these points do not negate the existence of the presumption of legislative intent. They show merely that the presumption does not invariably determine the outcome of a full contextual and purposive interpretation of a particular provision.

[25] Presumptions of legislative intent are not self-applying rules. They are instead principles of interpretation. They do not, on their own, prescribe the outcome of interpretation, but rather set out broad principles that ought to inform it. As Professor Sullivan has observed, presumptions of legislative intent, such as this one, serve as a way in which the courts recognize and incorporate important values into the legal context in which legislation is drafted and should be interpreted. These values both inform judicial understanding of legislation and play an important role in assessing competing interpretations: R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at p. 365.

[26] Professor Côté has described how these presumptions may inform the legal context in which legislation is drafted. He put it this way: “In some sense, presumptions of intent form part of the enactment’s context, as they reflect ideas which can be assumed to have been both present in the mind of the legislature and sufficiently current as to render their explicit mention unnecessary”: P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at p. 470; see also R. Cross, *Statutory Interpretation* (3rd ed. 1995), by J. Bell and G. Engle, at pp. 165-67, and K. Roach, “Common Law Bills of Rights as Dialogue Between Courts and Legislatures” (2005), 55 *U.T.L.J.* 733. Parliament must be understood to know that this presumption will likely be applied unless some contrary intention is evident in the legislation.

[27] As for the role of the presumption of subjective fault in assessing competing interpretations, it sets out an important value underlying our criminal law. It has been aptly termed one of the “presumptive

conséquences prohibées n’est pas une condition absolue. À mon sens, toutefois, les éléments qu’il avance ne réfutent pas l’existence de l’intention présumée du législateur. Ils montrent seulement que la présomption ne détermine pas invariablement l’issue de l’interprétation qui tient compte de tout le contexte de la disposition et de l’objet de celle-ci.

[25] Les présomptions d’intention du législateur n’équivalent pas à des règles d’application automatique. Il s’agit plutôt de principes d’interprétation. Elles ne dictent pas à elles seules le résultat de l’interprétation, mais énoncent plutôt les principes généraux qui président à celle-ci. Comme le fait remarquer la professeure Sullivan, les présomptions d’intention du législateur, comme celle considérée en l’espèce, permettent au tribunal de reconnaître des valeurs importantes et de les intégrer au contexte juridique dans lequel une loi est rédigée puis doit être interprétée. Ces valeurs guident le tribunal dans l’interprétation d’une loi et se révèlent importantes en présence d’interprétations contradictoires : R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4<sup>e</sup> éd. 2002), p. 365.

[26] Le professeur Côté précise la manière dont ces présomptions peuvent éclairer le contexte juridique dans lequel une loi a été rédigée. Il s’exprime comme suit : « Les présomptions d’intention du législateur, dans une certaine mesure, font partie du contexte d’énonciation des textes législatifs en ce sens qu’elles représentent des idées qu’on peut supposer présentes à l’esprit de l’auteur du texte et que ce dernier a dû présumer suffisamment connues de son auditoire pour se justifier de n’en pas parler » : P.-A. Côté, en collaboration avec S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4<sup>e</sup> éd. 2009), p. 510-511; voir aussi R. Cross, *Statutory Interpretation* (3<sup>e</sup> éd. 1995), sous la dir. de J. Bell et G. Engle, p. 165-167, et K. Roach, « Common Law Bills of Rights as Dialogue Between Courts and Legislatures » (2005), 55 *U.T.L.J.* 733. Il faut considérer que le législateur sait que cette présomption s’appliquera sauf intention contraire ressortant de la loi.

[27] Présumer le caractère subjectif de la faute requise lorsque plusieurs interprétations s’opposent traduit une valeur importante qui sous-tend notre droit criminel. On a judicieusement parlé de l’un

principles of criminal justice”: *R. v. Beatty*, 2008 SCC 5, [2008] 1 S.C.R. 49, *per* Charron J., at paras. 22-23. While the presumption must — and often does — give way to clear expressions of a different legislative intent, it nonetheless incorporates an important value in our criminal law, that the morally innocent should not be punished. This has perhaps never been better expressed than it was by Dickson J. in *Pappajohn*, at pp. 138-39:

There rests now, at the foundation of our system of criminal justice, the precept that a man cannot be adjudged guilty and subjected to punishment, unless the commission of the crime was voluntarily directed by a willing mind. . . . Parliament can, of course, by express words, create criminal offences for which a guilty intention is not an essential ingredient. Equally, *mens rea* is not requisite in a wide category of statutory offences which are concerned with public welfare, health and safety. Subject to these exceptions, *mens rea*, consisting of some positive states of mind, such as evil intention, or knowledge of the wrongfulness of the act, or reckless disregard of consequences, must be proved by the prosecution.

[28] Viewed in this way, the presumption of subjective fault is not an outdated rule of construction which is at odds with the modern approach to statutory interpretation repeatedly endorsed by the Court. On the contrary, the presumption forms part of the context which the modern approach requires to be considered.

[29] As I will explain, there is nothing in the text or context of the child abandonment offence to suggest that Parliament intended to depart from requiring subjective fault. In fact, the text, scheme and purpose of the provision support the view that subjective fault is required. To the extent that Parliament’s intent is unclear, the presumption of subjective fault ought to have its full operation in this case.

## 2. Legislative Evolution

[30] Legislative evolution and history may often be important parts of the context within which to conduct

des « principes présumés régir la justice pénale » : *R. c. Beatty*, 2008 CSC 5, [2008] 1 R.C.S. 49, la juge Charron, par. 22-23. Bien que la présomption doive céder le pas à l’intention différente clairement exprimée par le législateur — ce qui se produit fréquemment —, elle introduit néanmoins une valeur importante dans notre droit criminel, à savoir que la personne moralement innocente ne doit pas être punie. Nul ne l’a peut-être jamais aussi bien exprimé que le juge Dickson dans *Pappajohn*, p. 138-139 :

Notre système de justice criminelle repose sur le principe qu’un homme ne peut être déclaré coupable et se voir imposer une peine, à moins que la perpétration du crime ne découle d’un acte volontaire. [. . .] Le Parlement peut, bien sûr, en termes exprès, créer des infractions criminelles pour lesquelles une intention coupable n’est pas un élément essentiel. De même, la *mens rea* n’est pas requise pour un grand nombre d’infractions créées par la loi relativement au bien-être, à la santé et à la sécurité publique. Sous réserve de ces exceptions, la poursuite doit établir la *mens rea*, c’est-à-dire un état d’esprit positif, comme l’intention malveillante, ou la connaissance du caractère fautif de l’acte, ou l’indifférence insouciant quant à ses conséquences.

[28] Vue sous cet angle, la présomption d’une faute de nature subjective n’est pas une règle d’interprétation obsolète qui va à l’encontre de l’interprétation législative moderne maintes fois avalisée par la Cour. Au contraire, elle fait partie du contexte qui, suivant l’approche moderne, doit être examiné.

[29] Comme je l’explique plus loin, nul élément du libellé ou du contexte de l’infraction d’abandon d’enfant ne permet de conclure que le législateur a voulu l’application d’une autre norme de faute que la subjective. En fait, le texte et l’objet de la disposition, ainsi que le régime législatif établi, étaient le point de vue selon lequel la faute doit être subjective. Dans la mesure où l’intention du législateur n’est pas claire, en l’espèce la présomption selon laquelle la faute doit être subjective doit s’appliquer sans réserve.

## 2. L’évolution législative

[30] L’évolution et l’historique législatifs constituent souvent des éléments importants du contexte

the modern approach to statutory interpretation: *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at para. 43. The Crown has been diligent in providing us with a detailed picture of the English origins and Canadian evolution of what is now s. 218. I will touch on this only briefly, however, because as I see it, this information sheds little real light on the issue at hand.

[31] It seems that from the beginning, there were two strands of prohibitions, one addressing abandoning or exposing a child to risk to its life or health and the other in relation to the breach of a duty by people in certain relationships to provide the necessities of life.

[32] The origin of the abandonment offence appears to be in the English *The Offences against the Person Act, 1861*, 24 & 25 Vict., c. 100, s. 27, which created the misdemeanor of unlawfully abandoning or exposing any child under the age of two “whereby the life of such child shall be endangered, or the health of such child shall have been or shall be likely to be permanently injured”. The early case law is unclear as to whether subjective or objective fault was required although there is some support for the view that subjective fault is required: see, e.g., *R. v. White* (1871), L.R. 1 C.C.R. 311, *per* Bovill C.J., at p. 313, and *per* Blackburn J., at p. 314.

[33] The necessities offence appears to have its origins in the English *The Poor Law Amendment Act, 1868*, 31 & 32 Vict., c. 122. Section 37 of that Act made it an offence for any parent to “wilfully neglect to provide adequate food, clothing, medical aid, or lodging for his child, being in his custody, under the age of fourteen years, whereby the health of such child shall have been or shall be likely to be seriously injured”. The fault element for this offence appears to have been objective: *R. v. Downes* (1875), 1 Q.B.D. 25, *per* Bramwell B., at p. 30.

à considérer pour interpréter une loi selon la démarche moderne d’interprétation : *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, par. 43. Le ministère public a exposé en détail les origines anglaises de l’actuel art. 218 et son évolution au Canada. Toutefois, je ne me penche que brièvement sur ce point car, à mon avis, ces données ne contribuent guère à la résolution de la question en litige.

[31] Il appert que, dès le début, deux interdictions s’appliquaient, l’une visant l’abandon ou l’exposition d’un enfant qui met sa vie en danger ou qui compromet sa santé, et l’autre liée au manquement à l’obligation de fournir à autrui les choses nécessaires à l’existence, dans le cadre de certaines relations.

[32] L’infraction d’abandon semble avoir pour origine l’art. 27 de la loi anglaise intitulée *The Offences against the Person Act, 1861*, 24 & 25 Vict., ch. 100, qui a créé l’infraction mineure d’abandon ou d’exposition illicite d’un enfant de moins de deux ans [TRADUCTION] « de manière à mettre sa vie en danger ou à compromettre sa santé de façon permanente, ou à l’exposer à ces risques ». Les premières décisions rendues ne précisent pas si la faute doit être subjective ou objective, mais elles donnent à penser qu’elle serait subjective : voir, p. ex., *R. c. White* (1871), L.R. 1 C.C.R. 311, le juge en chef Bovill, p. 313, et le juge Blackburn, p. 314.

[33] L’infraction d’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence semble s’originer de la loi anglaise intitulée *The Poor Law Amendment Act, 1868*, 31 & 32 Vict., ch. 122. Suivant l’art. 37 de cette loi, commettait une infraction le père ou la mère qui [TRADUCTION] « néglig[eait] délibérément de fournir à son enfant âgé de moins de quatorze ans et dont il avait la garde, la nourriture, les vêtements, les soins médicaux ou l’hébergement dont il avait besoin, de manière à compromettre gravement la santé de l’enfant ou à l’exposer à ce risque ». La faute nécessaire à la perpétration de cette infraction paraît être objective : *R. c. Downes* (1875), 1 Q.B.D. 25, le baron Bramwell, p. 30.

[34] The two offences appear to have come closer together in England with the enactment of s. 1 of the *Prevention of Cruelty to, and Protection of, Children Act, 1889*, 52 & 53 Vict., c. 44, a provision that replaced s. 37 of *The Poor Law Amendment Act, 1868*. (The latter provision was repealed by s. 18 of the 1889 Act.) Section 1 made it a misdemeanor for anyone over 16 who had the custody, control, or charge of a boy under 14 or a girl under 16 to “wilfully” ill-treat, neglect, abandon or expose such child in a manner likely to cause such child unnecessary suffering or injury to its health. Again, the fault element is not very clear. In *R. v. Senior*, [1899] 1 Q.B. 283, the court approved jury instructions that seemed to describe both an objective and a subjective requirement.

[35] In Canada, the abandonment offence and the necessities of life offence have been kept distinct. The child abandonment offence was first enacted in 1869: *An Act respecting Offences against the Person*, S.C. 1869, c. 20, s. 26. The offence of failing to provide the necessities of life was found in s. 25 of the same Act, and applied to individuals who were “legally liable” towards others. From 1869 to 1892, the child abandonment offence did not include any reference to duty: *An Act respecting Offences against the Person* (1869), s. 26; *An Act respecting Offences against the Person*, R.S.C. 1886, c. 162, s. 20. Thus, the provision’s early legislative evolution shows clearly that it was not conceived of as a duty-based offence, and suggests that a subjective intent was required.

[36] In 1892, both offences were included in the first *Code* (*The Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29). The abandonment offence was found in s. 216 while the necessities offence was found in ss. 209 to 211. The abandonment offence was then similar to the current provision. It applied, however, only to children under two and required actual danger to life or permanent injury to health as opposed to the risk of those things occurring as under the current

[34] Le législateur anglais semble avoir regroupé les deux infractions à l’article premier de la *Prevention of Cruelty to, and Protection of, Children Act, 1889*, 52 & 53 Vict., ch. 44, qui a remplacé l’art. 37 de la *Poor Law Amendment Act, 1868* (lequel était lui-même abrogé par l’art. 18 de la loi de 1889). Aux termes de l’article premier, commettait une infraction mineure toute personne de plus de 16 ans qui, ayant la garde d’un garçon de moins de 14 ans ou d’une fille de moins de 16 ans, ou en assurant la surveillance, maltraitait, négligeait, abandonnait ou exposait [TRADUCTION] « délibérément » l’enfant de manière à lui causer des souffrances inutiles ou à compromettre sa santé. Là encore, la nature de la faute n’est pas très claire. Dans *R. c. Senior*, [1899] 1 Q.B. 283, le tribunal a approuvé les directives données au jury qui semblaient ne privilégier ni une norme objective ni une norme subjective.

[35] Au Canada, l’infraction d’abandon et celle d’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence ont toujours fait l’objet de dispositions distinctes. L’infraction d’abandon d’enfant a vu le jour en 1869 : *Acte concernant les offenses contre la Personne*, S.C. 1869, ch. 20, art. 26. L’infraction d’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence était prévue à l’art. 25 de cette loi et pouvait être perpétrée par une personne ayant une « obligation légale » envers une autre. Entre 1869 et 1892, la disposition créant l’infraction d’abandon ne faisait état d’aucune obligation : *Acte concernant les offenses contre la Personne* (1869), art. 26; *Acte concernant les crimes et délits contre les personnes*, S.R.C. 1886, ch. 162, art. 20. Il ressort donc de l’évolution législative initiale que la disposition n’a pas créé une infraction fondée sur une obligation, ce qui porte à croire qu’une intention subjective était requise.

[36] En 1892, les deux infractions ont été incorporées à la première version du *Code* (*Code criminel, 1892*, S.C. 1892, ch. 29). L’infraction d’abandon se trouvait à l’art. 216, et celle d’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence, aux art. 209 à 211. La disposition relative à l’abandon s’apparentait alors à celle qui existe actuellement. Toutefois, elle ne visait que les enfants de moins de deux ans dont la vie était mise en danger ou la santé irrémédiablement

provision. A non-exhaustive definition of “abandon” and “expose” was added in 1892. For the first time, a reference to duty was added, but only in the context of omissions. The definition provided that “abandon” and “expose” included “a wilful omission to take charge of the child on the part of a person legally bound to do so”.

[37] The non-exhaustive definition added in 1892 also included “any mode of dealing with [the child] calculated to leave it exposed to risk without protection”. While I would not attach much weight to the use of the word “calculated”, I note that, if anything, it suggests a subjective fault requirement. This is consistent with the fact that the English case of *White*, mentioned earlier, appears to have required subjective fault for the English equivalent of the abandonment offence. In 1954, the words “calculated to” were replaced by “likely to” in the non-exhaustive definition so that the provision read as it does today: *Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51, s. 185. I would not attach much weight to this amendment. The *Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989) suggests that, particularly in the 18th and 19th centuries, “calculated to” and “likely to” could be used as synonyms. In any event, both “calculated to” and “likely to” are consistent with legislative intent to require subjective fault, albeit “calculated to” could be viewed as requiring specific intent, while “likely to” suggests that general intent is required.

[38] All things considered, my view is that the legislative evolution of the child abandonment offence is, if anything, more supportive than not of the view that subjective fault is required.

compromise, alors que la disposition actuelle s’applique dès qu’il y a risque de tels préjudices. Une définition non exhaustive des verbes « abandonner » et « délaisser » a été ajoutée en 1892. [Le verbe « délaisser » a ultérieurement été remplacé par « exposer »; dans la version anglaise, le verbe « expose » a toujours été employé.] Le législateur a renvoyé à une obligation pour la première fois, mais seulement en liaison avec une omission. Suivant leur définition, « abandonner » et « délaisser » comprennent « l’omission volontaire de prendre soin d’un enfant de la part d’une personne légalement tenue de le faire ».

[37] Aux termes de la définition non exhaustive ajoutée en 1892, les verbes s’entendaient également de « toute manière de [. . .] traiter [l’enfant] de nature à le laisser exposé à quelque danger sans protection ». L’emploi de l’expression « de nature à » ne me paraît pas très révélateur, mais, à la limite, on pourrait inférer de l’expression équivalente anglaise « *calculated to* » que la faute devait être subjective. D’ailleurs, dans la décision anglaise *White* mentionnée précédemment, le tribunal semble avoir exigé la preuve d’une faute subjective pour établir la perpétration de l’infraction anglaise équivalente à notre infraction d’abandon. En 1954, les mots « de nature à » ont été remplacés par « exposée à l’être », de sorte que le texte de la disposition était le même que celui d’aujourd’hui : *Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 185. Je n’accorde pas beaucoup d’importance à cette modification. Selon le *Grand Robert de la langue française* (en ligne), « de nature à » et « exposée à l’être » sont équivalents et, selon l’*Oxford English Dictionary* (2<sup>e</sup> éd. 1989), « *calculated to* » et « *likely to* » (employé en anglais pour rendre « exposée à l’être ») pouvaient, surtout aux 18<sup>e</sup> et 19<sup>e</sup> siècles, être employés l’un pour l’autre. Quoi qu’il en soit, les deux expressions sont compatibles avec l’intention du législateur d’exiger la preuve d’une faute subjective, bien qu’on puisse voir dans l’emploi des mots « de nature à » (« *calculated to* ») l’exigence d’une intention spécifique et dans l’emploi des mots « exposée à l’être » (« *likely to* ») l’exigence d’une intention générale.

[38] Tout bien considéré, j’estime que, à la limite, l’évolution de la disposition prévoyant l’infraction d’abandon d’enfant étaye la thèse de l’application d’une norme subjective et non objective.

### 3. Purpose and Breadth of the Offence

[39] There is no doubt that the purpose of the abandonment offence is the protection of children from risk even when no harm occurs. Prior to the enactment of the offence of child abandonment in 1861, the offence required actual harm: *R. v. Renshaw* (1847), 2 Cox C.C. 285; *R. v. Hogan* (1851), 2 Den. 277. The new crime of child abandonment filled a perceived gap by punishing those who placed children in positions of risk: *R. v. Falkingham* (1870), L.R. 1 C.C.R. 222; *White*.

[40] It follows that the scope of potential liability under s. 218 of the *Code* is very broad, encompassing a wide range of persons and conduct. Liability is not restricted to those who are related to the child, or who have any duties in relation to the child or even to those who are in charge of the child at the time. In addition, a very wide range of conduct falls within the words “abandon” and “expose”. These are broad words that are not exhaustively defined under the *Code*.

[41] Viewed in the light of the broad scope of potential liability under s. 218 of the *Code*, the requirement for subjective fault serves an important purpose of ensuring that the reach of the criminal law does not extend too far. While the conduct and people that fall within s. 218 of the *Code* are broadly defined, the requirement for subjective fault ensures that only those with a guilty mind are punished.

#### D. *The Text of the Provisions*

[42] The text of the provisions is found in the Appendix. There are three main points which emerge from a careful study of the text and scheme of these provisions. First, the words “abandon”, “expose” and “wilful” suggest a subjective fault requirement. Second, the use of the word “likely” in this context does not suggest an objective fault requirement. Third, what is absent from the text of s. 218 of the *Code* and the broader scheme in which

### 3. Objet et portée de l’infraction

[39] Il ne fait aucun doute que le législateur a créé l’infraction d’abandon afin de protéger les enfants contre le risque de préjudice, que ce risque se réalise ou non. Avant la création de l’infraction d’abandon d’enfant en 1861, un préjudice devait être infligé pour qu’il ait sanction : *R. c. Renshaw* (1847), 2 Cox C.C. 285; *R. c. Hogan* (1851), 2 Den. 277. Le nouveau crime créé a comblé ce qu’on tenait pour une lacune en punissant la personne qui exposait un enfant à un risque : *R. c. Falkingham* (1870), L.R. 1 C.C.R. 222; *White*.

[40] La portée de la responsabilité susceptible de découler de l’art. 218 du *Code* est donc très grande, un grand nombre de personnes et d’actes étant visés. Ce ne sont pas seulement les personnes qui ont un lien de parenté avec l’enfant ou des obligations envers lui, ni même celles qui assurent la surveillance de l’enfant au moment des faits, qui peuvent être tenues responsables sous le régime de la disposition. De plus, un très large éventail d’actes est visé par les verbes « abandonner » et « exposer », lesquels ont un sens étendu et ne sont pas définis de façon exhaustive dans le *Code*.

[41] Vu la grande portée de la responsabilité susceptible de découler de l’art. 218 du *Code*, l’exigence d’une faute subjective joue un rôle important en faisant en sorte que le droit criminel n’ait pas une portée excessive. Bien que les actes et les personnes visés par cet article soient définis de manière générale, l’application d’une norme subjective fait en sorte que seule soit punie la personne ayant un état d’esprit coupable.

#### D. *Le libellé des dispositions*

[42] Le libellé des dispositions est reproduit en annexe. Trois points principaux se dégagent de l’examen attentif du libellé des dispositions et du régime législatif qu’elles établissent. Premièrement, les termes « abandonner », « exposer » et « volontaire » supposent que la faute doit être appréciée subjectivement. Deuxièmement, l’emploi des mots « exposée à l’être » dans ce contexte ne permet pas de conclure que la faute doit être appréciée

it appears strongly suggest that subjective fault is required.

1. “Abandon”, “Expose” and “Wilful” Suggest Subjective Fault

[43] The words “abandon” and “expose” are not given an exhaustive definition in s. 214 the *Code* and therefore their ordinary grammatical meanings remain relevant to their interpretation. Both words suggest actions taken with knowledge of their consequences. The *Oxford Dictionary of English* (2nd ed. rev. 2005), for example, defines “abandon” as “cease to support or look after (someone); desert”.

[44] The same dictionary defines “expose” (in the sense of “expose someone to”) as “cause someone to be vulnerable or at risk” or “leave (a child) in the open to die”.

[45] The definition of “desert” is also helpful: “[A]bandon (a person, cause, or organization) in a way considered disloyal or treacherous . . .”

[46] I agree with Richards J.A. that the words “abandon” and “expose” on their face, and standing alone, are indicative of subjective fault: C.A., at para. 59. They involve more than just leaving a child alone or failing to take care of it: they denote awareness of the risk involved. This view is also perfectly consistent with the statutory non-exhaustive definition of “abandon” or “expose” in s. 214 of the *Code* which, as noted earlier, suggests a requirement for knowledge of the consequences flowing from the prohibited acts of abandonment or exposure. This is also reflected in the jurisprudence. As noted in *L.M.*, abandon means “leaving the child to its fate” which suggests an act accompanied by knowledge of or recklessness as to the consequences: paras. 28 and 47; see also, e.g., *R. v. Boulden* (1957), 41 Cr. App. R. 105, at p. 110; *Re*

objectivement. Troisièmement, l’absence de certains termes dans le libellé de l’art. 218 du *Code* et dans le régime législatif auquel il appartient tend sérieusement à indiquer que la faute doit être prouvée selon une norme subjective.

1. L’emploi des termes « abandonner », « exposer » et « volontaire » indique que la faute doit être subjective

[43] Les mots « abandonner » et « exposer » ne sont pas définis de manière exhaustive à l’art. 214 du *Code*; leur sens grammatical ordinaire vaut donc toujours pour leur interprétation. Tous deux suggèrent que la personne est consciente des conséquences de son acte. La version en ligne du *Grand Robert de la langue française*, par exemple, donne la définition suivante du verbe « abandonner » : « Quitter, laisser définitivement (qqn dont on doit s’occuper, envers qui on est lié) [. . .] Déserter . . . ».

[44] Le même dictionnaire définit « exposer » (au sens d’exposer quelqu’un à quelque chose) comme suit : « Exposer quelqu’un à un péril, à un danger. . . »; abandonner un enfant à la mort.

[45] Il vaut également la peine de mentionner la définition du mot « déserter » : « Renier, trahir [. . .] une cause, une religion, un parti [. . .] Déserter qqn ».

[46] Je conviens avec le juge Richards que les mots « abandonner » et « exposer » dénotent à première vue, et à eux seuls, une faute subjective : C.A., par. 59. Il ne s’agit pas seulement de laisser l’enfant seul ou de ne pas en prendre soin, mais d’avoir aussi conscience du risque couru. De plus, cette interprétation s’accorde parfaitement avec la définition non exhaustive des mots « abandonner » ou « exposer » qui figure à l’art. 214 du *Code* et qui, nous l’avons vu précédemment, suppose que la personne agit en étant consciente des conséquences de l’acte d’abandon ou d’exposition prohibé. La jurisprudence va par ailleurs dans le même sens. Comme l’indique la cour dans *L.M.*, « abandonner » s’entend de [TRADUCTION] « laisser un enfant à son sort », ce qui suppose la connaissance des conséquences de l’acte ou l’insouciance à l’égard

*Davis* (1909), 18 O.L.R. 384, at p. 387. This is one of the factors that led the court in *Reedy* (No. 2), to imply a subjective fault requirement (p. 107).

[47] The Crown, in support of its position that the fault element is objective, argued that the non-exhaustive definition of “abandon” and “expose” included in the *Code* in 1892 (now in s. 214) likely came from the English decisions of *Falkingham* and *White*. While those cases may well be the origin of the *Code* definition, this does not advance the Crown’s position. In both cases, there was evidence of subjective fault. In *White*, there was clear evidence that the accused intentionally and knowingly abandoned and exposed the child and was aware of the risk. In *Falkingham*, there was evidence of at least recklessness or wilful blindness: a mother, with the knowledge and connivance of another woman who was also charged with child abandonment, had put her child in a hamper and sent it by train to the child’s father without indicating to the railway employees that a child was in the package. The accused had been cautious in “packaging” the child, the mother indicated to the railway clerk to be very careful with it and wrote on the hamper “with care, to be delivered immediately” (p. 223). This indicated awareness of the risk.

[48] What emerges from both the ordinary meaning and the non-exhaustive statutory definition of the words “abandon” and “expose” is the notion of awareness of or recklessness in relation to risk.

[49] That brings me to the word “wilful” found in the s. 214 definition of the terms “abandon” and “expose”. Richards J.A. for the majority of the Court of Appeal placed considerable weight on s. 214’s use of the word “wilful” in concluding that subjective fault was required. The word “wilful” is often (although not always) a strong indication that intention is required: see, e.g., the discussion in *R. v. Buzzanga* (1979), 25 O.R. (2d) 705 (C.A.), at pp. 715-17; *R. v. L.B.*, 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365, at

de celles-ci : par. 28 et 47; voir également, p. ex., *R. c. Boulden* (1957), 41 Cr. App. R. 105, p. 110; *Re Davis* (1909), 18 O.L.R. 384, p. 387. C’est là un des éléments qui, dans *Reedy* (No. 2), ont amené la cour à conclure que la faute doit être subjective (p. 107).

[47] À l’appui de sa thèse d’une faute objective, le ministère public soutient que la définition non exhaustive des verbes « abandonner » et « exposer » que l’on trouvait dans le *Code* de 1892 (reprise à l’art. 214 du *Code* actuel) provient vraisemblablement des décisions anglaises *Falkingham* et *White*. Même si elles peuvent très bien être à l’origine des définitions, ces décisions n’étaient pas la thèse du ministère public. Dans les deux affaires, des éléments établissaient la commission d’une faute subjective. Dans *White*, la preuve était claire. L’accusée avait intentionnellement et sciemment abandonné et exposé l’enfant en ayant conscience du risque couru. Dans *Falkingham*, la preuve révélait à tout le moins l’insouciance ou l’aveuglement volontaire : de connivance avec une autre femme qui avait par la suite été accusée elle aussi d’abandon d’enfant, une mère avait mis son enfant dans un panier qu’elle avait ensuite expédié par train au père de l’enfant sans informer les employés du transporteur ferroviaire de ce que contenait le colis. L’accusée avait « emballé » l’enfant avec soin, dit au commis de faire très attention au colis et apposé à celui-ci la mention [TRADUCTION] « manipuler avec soin, livrer sans délai » (p. 223), des précautions qui trahissaient sa conscience du risque couru.

[48] La notion de conscience du risque ou d’insouciance à l’égard de celui-ci se dégage du sens ordinaire des mots « abandonner » et « exposer », ainsi que de la définition non exhaustive qu’en donne la loi.

[49] En ce qui concerne le mot « *wilful* » employé dans la version anglaise de la définition de l’art. 214 des mots « abandonner » ou « exposer » (et rendu par le terme « volontaire » en français), le juge Richards, au nom des juges majoritaires de la Cour d’appel, accorde une importance considérable à son emploi à l’art. 214 lorsqu’il conclut au caractère subjectif de la faute requise. L’emploi de ce mot est souvent (mais pas toujours) un bon indice que l’intention est requise : voir, p. ex., l’analyse dans

paras. 108-9, leave to appeal refused, [2011] 3 S.C.R. x; *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, at pp. 149-50. While the word is used here only in the non-exhaustive definition of the words “abandon” and “expose” and only in relation to omissions, I agree with Richards J.A. that a wilful omission is the antithesis of a crime involving a mere failure to act in accordance with some minimum level of behaviour. If Parliament had meant to include in the terms “abandon” and “expose” situations in which there is no more than a failure to meet a standard of reasonable conduct, it would not make sense to require that omissions to observe that standard would have to be “wilful”: C.A., at paras. 66-67.

## 2. The Word “Likely” Does Not Suggest Objective Fault

[50] Ottenbreit J.A., in deciding that only objective fault was required, placed considerable weight on the use of the word “likely” in the non-exhaustive definition of the terms “abandon” or “expose” in s. 214: para. (b) of definition — that is, “dealing with a child in a manner that is likely to leave that child exposed to risk”. As he put it, “[t]he terms ‘in a manner . . . likely . . .’ . . . speak of the societal rather than a personal standard of conduct” (para. 32). However, I do not think that the word “likely” in this context is an indication of legislative intent to require only objective fault, for two reasons.

[51] The French version of the s. 214 definition uses the terms “*pouvant l’exposer*” and the French version of the s. 218 offence uses the terms “*exposée à l’être*”. The French wording suggests that the focus is on the outcome of the conduct rather than on the standard of care. This makes it clear that the English word “likely” serves the same purpose. Moreover, as I have discussed, the purpose of the child abandonment offence is to criminalize the creation of the risk of harm; it makes it an offence

*R. c. Buzzanga* (1979), 25 O.R. (2d) 705 (C.A.), p. 715-717; *R. c. L.B.*, 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365, par. 108-109, autorisation d’appel refusée, [2011] 3 R.C.S. x; *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, p. 149-150. Certes, l’adjectif n’est employé que dans la définition non exhaustive des verbes « abandonner » et « exposer » et seulement pour qualifier l’omission, mais je conviens avec le juge Richards que l’omission qui peut être qualifiée de « *wilful* » est l’antithèse du crime qui consiste seulement dans l’inobservation d’une norme de comportement minimale. Si le législateur avait voulu qu’« abandonner » et « exposer » s’entendent de la simple inobservation d’une norme de comportement raisonnable, il ne serait pas logique d’exiger que ce non-respect soit « *wilful* » : C.A., par. 66-67.

## 2. L’emploi du mot « *likely* » en anglais (« pouvant [l’exposer] », en français) n’indique pas que la faute doit être objective

[50] Pour conclure que la faute doit seulement être objective, le juge Ottenbreit accorde un poids considérable à l’emploi du mot « *likely* » (« pouvant [l’exposer] », en français) dans le second élément de la définition non exhaustive d’« abandonner » ou d’« exposer » à l’art. 214 (al. b de la définition) : « *dealing with a child in a manner that is likely to leave that child exposed to risk* », soit en français « [le] fait de traiter un enfant d’une façon pouvant l’exposer à des dangers . . . ». Il dit en effet que [TRADUCTION] « [l]es mots “*in a manner [ . . . ] likely*” [ . . . ] évoquent une norme de conduite établie par la société plutôt qu’une norme de conduite personnelle » (par. 32). Or, je ne crois pas que l’utilisation du mot « *likely* » dans ce contexte permette de conclure que le législateur a voulu que la faute soit objective, et ce, pour deux raisons.

[51] Premièrement, pour rendre « *likely* », les expressions « pouvant l’exposer » et « exposée à l’être » sont respectivement employées, dans la version française, à l’art. 214 (définition d’« abandonner » ou d’« exposer ») et à l’art. 218. La version française suggère donc que le législateur s’attache davantage au résultat du comportement qu’à la norme de diligence. Les équivalents anglais « *likely to leave [ . . . ] exposed* » et « *likely to be* » vont dans le même sens. Deuxièmement, je le répète,

to expose or abandon a child such that its life or health is put at serious risk even if no harm actually results. This is consistent with the well-established view that the criminal law may properly be aimed at preventing the risk of serious harm: see, e.g., *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 776; *Lucas*, at para. 83. The word “likely”, as it is used in both the s. 214 definition and in the offence provision itself (s. 218), is consistent with this preventive purpose. This purpose of criminalizing the creation of a serious risk of harm is not at all inconsistent with a requirement of subjective fault — that is, actual knowledge of the risk of harm — as is clear from the Court’s decision in *Lucas*.

[52] *Lucas* concerned the fault element of publishing a defamatory libel under s. 300 of the *Code*. A defamatory libel is defined in s. 298 to be a “matter published . . . that is likely to injure the reputation of any person”. The Court held that the fault element of the offence requires proof that the accused knew that the published material was defamatory, in other words, that it was “likely to injure the reputation of any person”, *per* Cory J., at paras. 30 and 67-68. Thus, the term “likely to injure the reputation” was found to require proof of subjective fault, i.e. that the accused actually knew of the risk of injury to reputation.

[53] I therefore conclude that the use of the word “likely” in s. 214 (and s. 218) does not suggest an objective fault element; it does not, as I see it, speak of a societal rather than a personal standard of conduct. As in *Lucas*, the use of the word “likely” is simply aimed at criminalizing the creation of risk and, as in *Lucas*, the fault element may require knowledge of that risk.

l’infraction d’abandon d’enfant vise à criminaliser la création du risque de préjudice; elle interdit d’exposer ou d’abandonner un enfant de manière que sa vie ou sa santé soit gravement compromise, même si aucun préjudice n’est infligé dans les faits. Cette interprétation est compatible avec le courant bien établi selon lequel le droit criminel peut fort bien avoir pour objet de prévenir le risque de préjudice grave : voir, p. ex., *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 776; *Lucas*, par. 83. L’emploi des mots « pouvant l’exposer » dans la définition de l’art. 214 et « exposée à l’être » dans la disposition qui crée l’infraction elle-même (art. 218) est compatible avec cet objectif de prévention. Il en va de même de leurs équivalents anglais « *likely to leave [ . . . ] exposed* » et « *likely to be* ». L’objectif poursuivi en criminalisant la création d’un risque de préjudice grave n’est pas du tout incompatible avec l’exigence d’une faute subjective, qui suppose la connaissance réelle du risque de préjudice, et l’arrêt *Lucas* le confirme clairement.

[52] Ce dernier arrêt porte sur l’élément de faute de l’infraction prévue à l’art. 300 du *Code* qui consiste à publier un libelle diffamatoire. Suivant l’art. 298, le libelle diffamatoire s’entend d’une « matière publiée [ . . . ] de nature à nuire à la réputation de quelqu’un ». La Cour a statué que l’élément de faute de l’infraction exige la preuve que les accusés savaient que la matière publiée était diffamatoire, autrement dit qu’elle était « de nature à nuire à la réputation de quelqu’un » : le juge Cory, par. 30 et 67-68. Elle conclut donc que l’emploi des mots « de nature à nuire à la réputation de quelqu’un » fait en sorte qu’une faute subjective doit être prouvée, c’est-à-dire que les accusés connaissaient réellement le risque d’atteinte à la réputation.

[53] Je conclus donc que l’emploi des mots « pouvant l’exposer » à l’art. 214 et « exposée à l’être » à l’art. 218 n’emporte pas l’application d’une norme objective pour établir l’élément de faute. À mon avis, ces termes renvoient à une norme de conduite non pas sociale, mais personnelle. Comme dans *Lucas*, l’emploi de ces mots (et de « *likely* » en anglais) vise seulement à criminaliser la création d’un risque, et l’élément de faute requis peut englober la connaissance de ce risque.

3. What Is Not in the Text and the Scheme of the Code Suggest Subjective Fault

[54] In my view, what is *not* in the text of the provision and what surrounds it suggest that a subjective fault element should be implied.

(a) *What Is Not Found in the Text*

[55] There is no doubt that Parliament can and does create criminal offences that require objective rather than subjective fault. How those provisions are drafted sheds some light on the sorts of language used when that is the intent. As I see it, the text of the child abandonment provision does not contain any of the language typically employed by Parliament when it intends to create an offence of objective fault.

[56] I will briefly review five main types of objective fault offences in the *Code* in order to explain why, in my view, a comparison of the way they are drafted with the text of s. 218 supports the inference that the latter requires subjective fault. This will lead me to explain why I reject the Crown's position that penal negligence should apply to the s. 218 offence because it applies to the s. 215 offence of failing to provide the necessities of life.

[57] We come first to offences defined in terms of dangerous conduct. In *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867, the Court found that the fault element of the offence of dangerous driving was a manner of driving which constituted a "marked departure" from that expected of a reasonable person in the same circumstances. (See also, more recently, *Beatty* and *R. v. Roy*, 2012 SCC 26, [2012] 2 S.C.R. 60.) Several factors justified adopting an objective rather than a subjective fault requirement: driving is a regulated activity in which people choose to engage; driving is automatic and reflexive in nature; and the text of the offence focuses on the manner of driving, all of

3. L'absence de certains termes dans le texte et dans le régime établi par le Code indique que la faute doit être subjective

[54] À mon sens, l'*absence* de certains termes dans le texte de la disposition et dans les dispositions voisines permet de conclure que la faute doit être subjective.

a) *Les termes absents du libellé de la disposition*

[55] Assurément, le législateur peut créer et crée des infractions criminelles dont la perpétration exige une faute objective plutôt que subjective. La formulation des dispositions qui créent ces infractions jette un certain éclairage sur la terminologie alors employée. Selon moi, le libellé de la disposition relative à l'abandon d'enfant ne renferme aucun des termes dont se sert habituellement le législateur pour créer une infraction dont la perpétration exige une faute objective.

[56] Je ferai brièvement état de cinq types principaux d'infractions que prévoit le *Code* et qui appellent une faute objective, puis je comparerai leur libellé avec celui de l'art. 218 afin d'étayer ma conclusion selon laquelle la perpétration de l'infraction que crée ce dernier article exige une faute subjective. Je préciserai ensuite les raisons pour lesquelles je rejette la thèse du ministère public voulant que la négligence pénale doive s'appliquer à cette infraction parce qu'elle s'applique à celle prévue à l'art. 215, à savoir l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence.

[57] Examinons d'abord la catégorie des infractions de conduite dangereuse. Dans *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867, la Cour a conclu que l'élément de faute de l'infraction de conduite dangereuse s'entendait d'un comportement qui représentait un « écart marqué » par rapport au comportement qu'aurait une personne raisonnable dans les mêmes circonstances. (Voir également les arrêts plus récents *Beatty* et *R. c. Roy*, 2012 CSC 26, [2012] 2 R.C.S. 60.) Plusieurs considérations ont justifié l'adoption d'une norme objective et non subjective : la conduite d'un véhicule automobile est une activité réglementée à laquelle une personne décide de se livrer, elle fait

which suggest that the offence seeks to impose a minimum uniform standard of care. Cory J. noted, for example, that “[l]icensed drivers choose to engage in the regulated activity of driving. They place themselves in a position of responsibility to other members of the public who use the roads”: *Hundal*, at p. 884 (emphasis added). With respect to the text of the provision, Cory J. observed that it creates an offence of driving “in a manner that is dangerous to the public, having regard to all the circumstances” and this suggests an objective standard: “The ‘manner of driving’ can only be compared to a standard of reasonable conduct” (p. 885). So in the case of dangerous driving both the text and nature of the provision, as well as other factors, provided strong support for an objective fault element. None of those factors is present in the s. 218 offence.

[58] Next, there are offences which are expressed in terms of careless conduct, such as the careless storage of firearms. In *R. v. Finlay*, [1993] 3 S.C.R. 103, the Court concluded that the carelessness targeted by the offence is not consistent with subjective fault. The provision required the Crown to establish that a firearm was used, carried, handled, shipped or stored “in a careless manner or without reasonable precautions for the safety of other persons”. The use of the word “careless” and the reference to “reasonable precautions” were clear markers of objectively assessed fault (pp. 114-15). There is no similar language in s. 218.

[59] A third category relates to so-called predicate offences. These are offences such as unlawful act manslaughter and unlawfully causing bodily harm which require the commission of an underlying unlawful act. They have been found to require the mental element for the underlying offence but only objective foresight of harm flowing from it: see, e.g., *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944 (unlawfully causing bodily harm); *R. v. Creighton*,

appel aux réflexes et le texte de la disposition créant l’infraction s’attache à la façon de conduire. Tous ces éléments portent à croire que le législateur a voulu imposer une norme de diligence minimale d’application uniforme. Le juge Cory affirme entre autres que « les titulaires de permis choisissent de se livrer à l’activité réglementée qu’est la conduite d’un véhicule automobile. Ils assument ainsi une responsabilité envers tous les autres membres du public qui circulent sur les chemins » : *Hundal*, p. 884 (je souligne). Le juge Cory fait observer que le libellé de la disposition crée l’infraction de conduire « d’une façon dangereuse pour le public, compte tenu de toutes les circonstances », ce qui appelle l’application d’une norme objective : « On ne peut comparer la “façon de conduire” qu’à une norme de comportement raisonnable » (p. 885). Dans le cas de la conduite dangereuse, le libellé et la nature de la disposition créant l’infraction, ainsi que d’autres éléments, militaient clairement en faveur d’une faute objective. Or, aucune de ces considérations ne vaut dans le cas de l’infraction prévue à l’art. 218.

[58] Passons maintenant à la deuxième catégorie, celle des infractions axées sur le comportement négligent, tel l’entreposage négligent d’armes à feu. Dans *R. c. Finlay*, [1993] 3 R.C.S. 103, la Cour a conclu que la négligence réprimée par la disposition ne pouvait être appréciée selon une norme subjective. Le ministère public devait prouver qu’une arme à feu avait été utilisée, portée, manipulée, expédiée ou entreposée « d’une manière négligente ou sans prendre suffisamment de précautions à l’égard de la sécurité d’autrui ». L’emploi des mots « négligente » et « suffisamment de précautions » militait clairement en faveur d’une appréciation objective de la faute (p. 114-115). Or, l’art. 218 ne renferme pas de termes apparentés.

[59] Une troisième catégorie d’infractions est celle des infractions sous-jacentes, tels l’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal et l’infliction illégale de lésions corporelles, nécessitant la perpétration d’un autre acte illégal. La Cour a statué qu’il fallait établir l’élément moral de l’infraction sous-jacente, mais uniquement la prévisibilité objective du préjudice en ayant découlé : voir, p. ex., *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944

[1993] 3 S.C.R. 3 (unlawful act manslaughter). Without reiterating the detailed reasons given in those cases, I simply underline that these offences are ones in which the commission of the predicate or underlying offence has actual and serious consequences. As Sopinka J. said in *DeSousa* (at p. 967) and McLachlin J. repeated in *Creighton* (at p. 55): “The implicit rationale of the law in this area is that it is acceptable to distinguish between criminal responsibility for equally reprehensible acts on the basis of the harm that is actually caused.” This rationale has no application to s. 218; there is neither a predicate offence nor any need to show that actual harm resulted from the conduct in the child abandonment offence.

[60] On that point, I note that at the court of appeal level, the Crown suggested that the word “unlawfully” in s. 218 was intended to imply that a violation of s. 215 constituted a predicate offence to child abandonment. I disagree. Rather, I agree with Richards J.A. that the word “unlawfully” in s. 218 is mere surplusage that was left from the original text in *An Act respecting Offences against the Person* (1869), s. 26: see, e.g., *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864, at pp. 886-87. The commission of a s. 215 offence, or any other offence, is not required for purposes of a child abandonment conviction. Section 218 has a broader application than s. 215, which only applies to specific individuals. To hold that a conviction under s. 218 is dependent upon a conviction under s. 215 would overlook the words “[e]very one” in s. 218, would void para. (b) of the s. 214 definition of meaning, and would render s. 218 redundant, as it would serve the exact same purpose as s. 215. Section 218 does not provide for a greater sentence and therefore it is not merely an enhanced form of s. 215, in the way that, for example, unlawfully causing bodily harm (s. 269, maximum sentence of 10 years) is an enhanced version of assault (s. 266, maximum sentence of 5 years).

(infliction illégale de lésions corporelles); *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3 (homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal). Sans reprendre les motifs détaillés de ces deux arrêts, soulignons simplement que, dans le cas de ces infractions, la perpétration de l’infraction sous-jacente a des conséquences réelles et graves. Le juge Sopinka a affirmé ce qui suit dans *DeSousa* (p. 967), propos que la juge McLachlin a rappelés dans *Creighton* (p. 55) : « Le droit dans ce domaine repose sur le principe implicite qu’il est acceptable d’établir une distinction quant à la responsabilité criminelle entre des actes également répréhensibles en fonction du préjudice qui est effectivement causé. » Ce principe ne s’applique pas à l’art. 218; il n’y a pas d’infraction sous-jacente, et point n’est besoin de montrer que l’abandon d’enfant a réellement causé un préjudice.

[60] Je signale à ce sujet que le ministère public a soutenu en cour d’appel que l’emploi du mot « illicitement » à l’art. 218 visait à faire tacitement de la violation de l’art. 215 une infraction sous-jacente à celle d’abandon d’enfant. Je ne partage pas cet avis. Je conviens plutôt avec le juge Richards que le mot « illicitement » employé à l’art. 218 est un terme superfétatoire repris du texte original de l’*Acte concernant les offenses contre la Personne* (1869), art. 26 : voir, p. ex., *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864, p. 886-887. La perpétration d’une infraction prévue par l’art. 215 ou d’une autre infraction n’est pas nécessaire aux fins d’obtenir une déclaration de culpabilité d’abandon d’enfant. L’article 218 a une plus grande portée que l’art. 215, lequel ne s’applique qu’à certaines personnes. Conclure qu’une déclaration de culpabilité fondée sur l’art. 218 est tributaire d’une déclaration de culpabilité prenant appui sur l’art. 215 revient à faire abstraction du mot « [q]uiconque » employé à l’art. 218, à priver de sens l’al. b) de la définition de l’art. 214 et à rendre l’art. 218 redondant en ce que son objet est alors exactement le même que celui de l’art. 215. L’article 218 ne prévoit pas une peine plus lourde et ne constitue donc pas simplement une disposition plus sévère que l’art. 215, contrairement, par exemple, à l’infliction illégale de lésions corporelles (art. 269, emprisonnement maximal de 10 ans), qui est une version plus grave de l’infraction de voies de fait (art. 266, emprisonnement maximal de 5 ans).

[61] I should also refer to the offences based on criminal negligence: see, e.g., ss. 219, 220 and 221. Criminal negligence is defined as conduct that “shows wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons” (s. 219). The text of this provision has fueled much debate about the required fault element. The use of the word “negligence” in the name of the offence suggests an objectively defined standard consistent with the meaning of the word “negligence” in the common law of torts. On the other hand, the words “wanton and reckless disregard” could be taken as describing actual knowledge of the risk created by the conduct and therefore a subjective fault element: see *R. v. Anderson*, [1990] 1 S.C.R. 265, at pp. 269-70. Ultimately, the Court decided that proof of intention or actual foresight of a prohibited consequence is not required. Rather, criminal negligence requires a marked and substantial departure from the conduct of a reasonably prudent person in circumstances in which the accused either recognized and ran an obvious and serious risk or, alternatively, gave no thought to that risk: *R. v. J.F.*, 2008 SCC 60, [2008] 3 S.C.R. 215, at paras. 7-11.

[62] This approach to the fault element in the criminal negligence offences does not in my view suggest that a similar, objective fault approach should be taken to the child abandonment provision that concerns us in this case. Unlike the criminal negligence offences, the s. 218 offence is not described as being concerned with conduct that is governed by a community standard rather than an individual appreciation of the circumstances.

[63] I turn to a fifth and final category, one strongly relied on by the Crown in its submissions. That category consists of the duty-based offence in s. 215 of the *Code*. Consideration of this category and of this submission requires a closer look at the scheme of the *Code* and the Court’s decision in *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122.

[61] Il convient également de mentionner les infractions relatives à la négligence criminelle : voir, p. ex., les art. 219, 220 et 221. Est coupable de négligence criminelle la personne qui « montre une insouciance déréglée ou téméraire à l’égard de la vie ou de la sécurité d’autrui » (art. 219). Le libellé de cette disposition a suscité bien des débats au chapitre de l’élément de faute requis. L’emploi du mot « négligence » pour désigner l’infraction suppose l’application de la norme objective qu’appelle le mot « négligence » en responsabilité civile délictuelle. Par contre, on pourrait considérer que l’expression « insouciance déréglée ou téméraire » renvoie à la connaissance réelle du risque créé, de sorte que la faute serait subjective : voir *R. c. Anderson*, [1990] 1 R.C.S. 265, p. 269-270. La Cour a finalement décidé que ni la preuve de l’intention, ni celle de la prévision réelle d’une conséquence prohibée n’étaient nécessaires. La négligence criminelle exige en fait un écart marqué et important par rapport à la conduite d’une personne raisonnablement prudente dans des circonstances où l’accusé soit a eu conscience d’un risque grave et évident sans pour autant l’écarter, soit ne lui a accordé aucune attention : *R. c. J.F.*, 2008 CSC 60, [2008] 3 R.C.S. 215, par. 7-11.

[62] À mon avis, cette conception de la faute dans le contexte d’une infraction de négligence criminelle ne permet pas de conclure que la faute visée par la disposition relative à l’abandon d’un enfant — l’infraction considérée en l’espèce — doit elle aussi être appréciée objectivement. Contrairement aux infractions de négligence criminelle, celle prévue à l’art. 218 n’est pas formulée de manière à viser une conduite assujettie à une norme sociale plutôt qu’à une appréciation individuelle des circonstances.

[63] Je passe maintenant à la cinquième et dernière catégorie, sur laquelle le ministère public s’appuie d’ailleurs grandement dans son argumentation, celle de l’infraction fondée sur une obligation créée à l’art. 215 du *Code*. L’analyse de cette catégorie et de la thèse du ministère public requiert un examen approfondi du régime établi par le *Code*, de même que de l’arrêt *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122.

(b) *The Scheme of the Code*

[64] Various legal duties are set out in ss. 215, 216, 217 and 217.1, including duties to provide the necessities of life and to use reasonable knowledge, skill and care in administering surgical or medical treatment. However, s. 215 is the only provision that creates an offence, that of failing to provide the necessities of life. The Court in *Naglik* held that this offence is one of objective fault and the Crown appellant submits that the same reasoning should apply to the abandonment offence under s. 218.

[65] Respectfully, this submission is not persuasive. The s. 215 offence is structured entirely differently than the s. 218 offence that concerns us here and the reasoning of *Naglik* is not applicable to the s. 218 offence. That reasoning in fact supports the view that *subjective* fault is required in s. 218. Finally, the different purposes served by both offences also support that view.

[66] Consider first the differences in the text of the two provisions. Unlike the s. 218 child abandonment offence, the s. 215 necessities of life offence considered in *Naglik* is defined in terms of failure to perform specified legal duties. What is more, these specified legal duties arise out of specified relationships between the person owing the duty and the person to whom the duty is owed. (The text of s. 215 is found in the Appendix.)

[67] The essence of the s. 215 offence, then, is that it imposes legal duties arising out of defined relationships. It is clear that the decision in *Naglik* was based on that premise. Lamer C.J. writes, in *Naglik*:

With respect to the wording of s. 215, while there is no language in s. 215 such as “ought to have known”

b) *Le régime établi par le Code*

[64] Les articles 215, 216, 217 et 217.1 énoncent diverses obligations, dont celles de fournir les choses nécessaires à l’existence et d’apporter une connaissance, une habileté et des soins raisonnables lors de l’administration d’un traitement chirurgical ou médical. Toutefois, l’art. 215 est le seul qui crée une infraction, soit celle d’omettre, dans certaines circonstances, de fournir les choses nécessaires à l’existence. Dans l’arrêt *Naglik*, la Cour a conclu que la faute qui sous-tend cette infraction est objective et le ministère public appelant soutient qu’il en va de même pour l’infraction d’abandon d’enfant prévue à l’art. 218.

[65] En toute déférence, l’argument ne me convainc pas. L’infraction prévue à l’art. 215 est formulée de manière tout à fait différente de celle qui est créée à l’art. 218 et qui nous occupe en l’espèce. Le raisonnement suivi dans l’arrêt *Naglik* ne vaut pas à l’égard de cette dernière infraction. Il milite en fait en faveur de l’exigence d’une faute *subjective* pour l’application de l’art. 218. Enfin, le fait que les deux infractions ont des objets différents étaye en outre ce point de vue.

[66] Examinons d’abord ce qui distingue le libellé des deux dispositions. Contrairement à l’infraction d’abandon d’enfant créée à l’art. 218, celle prévue à l’art. 215 et qui consiste à ne pas fournir les choses nécessaires à l’existence — l’infraction en cause dans *Naglik* — est formulée de façon à s’entendre de l’omission de s’acquitter d’obligations légales précises. Qui plus est, chacune de ces obligations légales découle du lien existant entre la personne qui a l’obligation et celle qui en bénéficie. (Le texte de l’art. 215 est reproduit en annexe.)

[67] L’infraction prévue à l’art. 215 vise donc essentiellement à imposer des obligations en fonction de l’existence de liens déterminés. Dans l’arrêt *Naglik*, qui retient clairement cette prémisse, le juge en chef Lamer dit ce qui suit :

En ce qui concerne le texte de [l’]article [215], bien qu’on n’y retrouve aucune expression du genre

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. [p. 141]

[68] The Crown submits that this reasoning applies equally to s. 218 because that offence, too, may be committed by a person who fails in a legal duty to take charge of a child. I do not accept this position. While failure to perform a duty imposed by law on persons in particular relationships is the essence of the offence created by s. 215, this is not at all the case with respect to child abandonment under s. 218. This is why the reasoning of *Naglik* cannot apply to s. 218. The child abandonment offence may be committed by “[e]very one”; it is not restricted to persons in particular relationships or under specified, statutorily created legal duties. The concept of duty in the child abandonment offence becomes relevant only in relation to an omission and is found in the non-exhaustive definition of “abandon” or “expose”. Those terms include “a wilful omission to take charge of a child by a person who is under a legal duty to do so”: para. (a) of the s. 214 definition. In my opinion, the reference to “legal duty” in relation to omissions in this section simply gives effect to the common law principle that criminal responsibility generally does not arise from an omission unless there is a pre-existing legal duty to act: see, e.g., Roach (2012), at p. 115; D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (6th ed. 2011), at p. 95. Therefore, the effect of the reference to duty in para. (a) of the s. 214 definition is to ensure that the offence applies to omissions by those with a legal duty towards a child. However, the child abandonment offence does not impose any such duties and people with no duty may be liable, but only for positive acts

« 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. [p. 141]

[68] Le ministère public soutient que ce raisonnement vaut également pour l’art. 218 car l’infraction qui y est créée peut aussi être commise par une personne qui omet de remplir l’obligation légale de prendre soin d’un enfant. Je ne suis pas d’accord. Si l’essence même de l’infraction créée à l’art. 215 réside dans l’omission d’une personne de remplir l’obligation qui lui incombe légalement vis-à-vis d’une personne ayant un lien particulier avec elle, ce n’est pas du tout le cas de l’infraction que prévoit l’art. 218, soit l’abandon d’enfant. C’est pourquoi le raisonnement qui sous-tend l’arrêt *Naglik* ne saurait valoir en l’espèce. L’infraction que crée l’art. 218 peut être commise par « [q]uiconque »; elle ne vise pas que la personne ayant un lien particulier avec une autre ou une obligation légale précise. La notion d’obligation n’est pertinente aux fins de l’infraction d’abandon d’enfant qu’en liaison avec l’omission dont fait mention la définition non exhaustive des termes « abandonner » ou « exposer » (« l’omission volontaire, par une personne légalement tenue de le faire, de prendre soin d’un enfant » : al. a) de la définition de l’art. 214. À mon avis, l’emploi des mots « légalement tenue » en liaison avec les omissions visées par la disposition donne simplement effet au principe de common law voulant qu’une omission n’engage généralement pas la responsabilité criminelle, sauf obligation légale d’agir préexistante : voir, p. ex., Roach (2012), p. 115; D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (6<sup>e</sup> éd. 2011), p. 95. Par conséquent, le renvoi de l’al. a) de la définition de l’art. 214 à une obligation fait en sorte que seule soit visée l’omission de s’acquitter d’une

captured, for example, by the words “dealing with” in para. (b) of the s. 214 definition.

[69] The brief comments about the child abandonment offence in both Stuart, at p. 96, and Roach (2012), at p. 116, do not support the view that the fault element of the offence is objective. Rather they point out, as I have just discussed, that the concept of duty appears in this offence only in relation to omissions. As for the Manning and Sankoff treatise, it expresses the view the s. 218 offence is “entirely superfluous” (p. 826) — a conclusion with which I disagree for the reasons I have already set out. I note that some of the case law cited by Manning and Sankoff involved parents who were convicted of child abandonment for having *knowingly* left their child in risky circumstances: p. 827, notes 155-56; *Christiansen*, at para. 8; *R. v. Holzer* (1988), 63 C.R. (3d) 301 (Alta. Q.B.), at p. 303.

[70] Further, it seems to me that the clearly different structures of the text of s. 218 on one hand, and the duty-based offence in s. 215 on the other, support the view that the s. 218 offence is different. Where Parliament intended to base an offence on violation of a duty, s. 215 shows that it could find the language to do so clearly. None of this sort of language appears in s. 218.

[71] The distinct structure and wording of the child abandonment offence also counter any suggestion that its placement in the same part of the *Code* with the sections creating legal duties (i.e. ss. 215 to 217.1) informs the nature of the required fault element. The placement of a provision within the *Code* or the elements of other offences in the same part of the *Code* do not often assist in determining the nature of its fault requirement and are particularly unhelpful here: see, e.g., *Pappajohn*, at p. 146. While the provision is placed under the heading “Duties Tending to Preservation of Life”,

obligation légale envers un enfant. Or, l’infraction d’abandon d’enfant n’impose pas une telle obligation légale. La personne qui n’a pas cette obligation légale peut être tenue responsable, mais seulement pour une action concrète, ce qui est entre autres confirmé par l’expression « du fait de traiter » employée à l’al. b) de la définition de l’art. 214.

[69] Les brèves remarques de Stuart (p. 96) et de Roach (2012) (p. 116) sur l’infraction d’abandon d’enfant n’appuient pas la thèse que l’élément de faute de l’infraction doit être établi de manière objective. Elles soulignent plutôt, comme je le dis précédemment, que la notion d’obligation ne vaut, aux fins de cette infraction, qu’en liaison avec une omission. Dans leur traité, Manning et Sankoff se disent d’avis que l’infraction créée à l’art. 218 est [TRADUCTION] « totalement superflue » (p. 826), ce avec quoi je ne suis pas d’accord pour les motifs exposés précédemment. Signalons que dans certaines des affaires qu’ils citent, des parents ont été reconnus coupables d’abandon d’enfant parce qu’ils avaient *sciemment* laissé leur enfant dans des circonstances où celui-ci était exposé à un risque : p. 827, notes 155-156; *Christiansen*, par. 8; *R. c. Holzer* (1988), 63 C.R. (3d) 301 (C.B.R. Alb.), p. 303.

[70] En outre, il me semble que la formulation nettement différente de l’art. 218, d’une part, et de l’infraction fondée sur une obligation prévue à l’art. 215, d’autre part, permet de conclure que l’infraction prévue à l’art. 218 est différente. Il appert de l’art. 215 que, lorsqu’il veut fonder une infraction sur le manquement à une obligation, le législateur recourt au libellé qui s’impose, ce qui n’est pas du tout le cas à l’art. 218.

[71] La formulation et le libellé distincts de la disposition relative à l’abandon d’enfant écartent également l’idée que son emplacement dans la même partie du *Code* que les articles qui créent des obligations légales (c.-à-d. les art. 215 à 217.1) est déterminant quant à la nature de l’élément de faute requis. L’emplacement d’une disposition dans le *Code* ou les éléments constitutifs des infractions créées par les autres dispositions de la même partie du *Code* permettent rarement d’établir la nature de la faute requise et ils ne sont d’aucune utilité en l’espèce : voir, p. ex., *Pappajohn*, p. 146. Même si

the marginal note of s. 218, “Abandoning child” is the only one of the five sections under this heading which does *not* have the word “duty” in its marginal note. If anything, this tends to underline that it is different from the other provisions.

[72] The child abandonment offence has the same range of possible punishments as does the objective fault offence of failing to provide necessaries in s. 215. However, the range of punishments says little about the required fault element. To take a stark example, criminal negligence causing death, with a possible punishment of life in prison, has an objective fault element requirement. Theft under five thousand dollars, which may be prosecuted by summary conviction, is an offence not only requiring subjective fault but specific intent. I do not find any help in defining the fault requirement of the child abandonment offence that other offences which may be punished with the same or even greater periods of imprisonment require only objective fault.

(c) *Conclusion on the Text of the Provision and Scheme of the Code*

[73] To sum up, none of the considerations that persuaded the Court to adopt an objective fault standard in the categories of offences I have just reviewed is present in the child abandonment offence under s. 218. The prohibition applies to everyone, not just to a particular group engaged in a regulated activity or standing in a particular, defined relationship with the alleged victim. Nothing in the text suggests an intention to impose a minimum and uniform standard of care. There are no references in the text to “dangerous”, “careless” or “reasonable” conduct or any requirement to take “reasonable precautions”. There is no predicate offence and no actual harm is required by the provision. The provision does not create, define or impose a duty to do anything other than in the sense that all criminal offences could be considered to create a duty not to commit them.

l’art. 218 figure à la rubrique « Devoirs tendant à la conservation de la vie », il est le seul des cinq articles de la rubrique dont la note marginale — « Abandon d’un enfant » — *ne* renferme *pas* le mot « obligation » ou « devoir ». Et s’il faut en conclure quelque chose, c’est que la disposition se distingue des autres.

[72] L’infraction d’abandon d’enfant prévoit la même échelle de peines que celle d’omettre de fournir les choses nécessaires à l’existence créée à l’art. 215 et dont la perpétration suppose une faute objective. L’échelle des peines est cependant peu révélatrice de l’élément de faute requis. La négligence criminelle ayant causé la mort, une infraction punissable de l’emprisonnement à perpétuité et dont la perpétration exige la preuve d’une faute objective, en est l’exemple patent. À l’opposé, le vol d’un bien dont la valeur est d’au plus cinq mille dollars, punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, exige non seulement une faute subjective, mais aussi une intention spécifique. Le fait que d’autres infractions punissables d’un emprisonnement d’une durée égale ou supérieure requièrent seulement une faute objective n’aide en rien à définir la faute applicable à l’infraction d’abandon d’enfant.

c) *Conclusion sur le libellé de la disposition et le régime établi par le Code*

[73] En résumé, aucune des considérations qui ont amené la Cour à adopter une norme de faute objective pour les catégories d’infractions examinées précédemment ne vaut pour l’infraction d’abandon d’enfant prévue à l’art. 218. L’interdiction est faite à quiconque, et non seulement à un groupe donné se livrant à une activité réglementée ou ayant un lien précis et défini avec la victime alléguée. Aucun élément du libellé ne donne à penser que le législateur a voulu imposer une norme de diligence minimale d’application uniforme. Nulle mention n’est faite d’un comportement « dangereux », « négligent » ou « raisonnable », ou de l’obligation de prendre des « précautions raisonnables ». Il n’y a pas d’infraction sous-jacente, et nul préjudice réel n’est requis. La disposition ne crée, ne définit et n’impose rien au-delà de l’obligation, commune à toutes les infractions criminelles, de ne pas commettre l’acte prohibé.

[74] I conclude that both what is present in s. 218 of the *Code* and its related provisions and what is absent from it strongly support the view that a subjective fault element is required.

#### E. *Conclusion*

[75] In my view, the text, context and purpose of s. 218 of the *Code* show that subjective fault is required. It follows that the trial judge did not err in acquitting the respondent on the basis that this subjective fault requirement had not been proved. The Court of Appeal was correct to uphold the acquittal.

#### V. Disposition

[76] I would dismiss the appeal.

The reasons of Rothstein and Moldaver JJ. were delivered by

MOLDAVER J. —

#### I. Introduction

[77] Section 218 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (the “*Code*”), makes it an offence to abandon or expose a child under the age of 10 so that the child’s life is or is likely to be endangered or its health is or is likely to be permanently injured. The question presented in this appeal concerns the mental element, or *mens rea*, that applies to the proscribed consequences of abandonment or exposure, namely, the risk of death or permanent injury to the child’s health. Specifically, is fault to be judged subjectively, which is to say, focusing on whether the accused actually knew that abandoning the child would put its life or health in danger? Or is it to be judged objectively, focusing on whether a reasonable person in the same circumstances would have known that abandoning the child would put its life or health in danger? Notwithstanding this crime’s ancient lineage — and the vital purpose it serves in protecting the most vulnerable among us — it is a question about which this Court has not spoken.

[74] Je conclus que tant les éléments présents à l’art. 218 du *Code* et ses dispositions connexes que ceux qui en sont absents étayent solidement la thèse selon laquelle la faute doit être subjective.

#### E. *Conclusion*

[75] À mon avis, le libellé, le contexte et l’objet de l’art. 218 du *Code* militent en faveur du caractère subjectif de la faute requise. Par conséquent, le juge du procès n’a pas eu tort d’acquitter l’intimée au motif qu’une telle faute n’avait pas été prouvée. La Cour d’appel a eu raison de confirmer l’acquittal.

#### V. Dispositif

[76] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Rothstein et Moldaver rendus par

LE JUGE MOLDAVER —

#### I. Introduction

[77] L’article 218 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (le « *Code* »), criminalise le fait d’abandonner ou d’exposer un enfant de moins de 10 ans de manière que la vie de cet enfant soit effectivement mise en danger ou exposée à l’être, ou que sa santé soit effectivement compromise de façon permanente ou exposée à l’être. Le pourvoi a trait à l’élément moral (ou *mens rea*) lié aux conséquences prohibées de l’abandon ou de l’exposition, à savoir le risque de décès de l’enfant ou de préjudice permanent à sa santé. Plus précisément, faut-il apprécier subjectivement la faute, c’est-à-dire déterminer si l’accusé savait bel et bien que l’abandon de l’enfant mettrait sa vie ou sa santé en danger, ou faut-il l’apprécier objectivement et se demander si une personne raisonnable s’étant trouvée dans la même situation aurait su que l’abandon de l’enfant mettrait sa vie ou sa santé en danger? Malgré les origines lointaines de cette infraction — et son objectif fondamental de protéger les plus vulnérables d’entre nous —, il s’agit d’un sujet sur lequel la Cour ne s’est pas encore prononcée.

[78] The facts and judgments below have been set out by Cromwell J. for the majority, whose reasons I have had the opportunity of reading. Like the majority, I too would uphold the respondent's acquittal, but for reasons that differ from those of Justice Cromwell.

[79] My colleague concludes that s. 218 requires subjective foreseeability of the consequences that follow or are likely to follow upon the child being abandoned or exposed. Under this approach, to sustain a conviction, the Crown would be required to prove, among other things, that upon abandoning or exposing the child, the accused foresaw that his or her conduct placed or was likely to place the child at risk of death or permanent injury, and went ahead anyway, reckless as to the consequences.

[80] Respectfully, I do not read the provision as requiring such a high degree of fault in respect of the proscribed consequences. Nor do I believe that such an interpretation reflects Parliament's will.

[81] In its essence, s. 218 is child protection legislation. It seeks to protect a limited class of people (children under the age of 10) from two defined risks (death or permanent injury) that occur or are likely to occur from abandoning or exposing the child. And, as I will explain, the section is aimed at three limited classes of people faced with a situation where a child under 10 is or is likely to be at risk of death or permanent injury: (1) those who have a pre-existing and an ongoing legal duty to take charge of the child; (2) those who choose to come to the aid of the child in that situation; and (3) those who place the child in that situation.

[82] Construed this way, as I believe s. 218 is meant to be, penal negligence is sufficient to satisfy the fault component of the provision as it relates to the consequences of abandoning or exposing a child. To prove penal negligence, the Crown must establish that a reasonable person would have foreseen that his or her conduct placed, or was likely to place, the child at risk of death or

[78] J'ai eu l'occasion de lire les motifs des juges majoritaires, rédigés par le juge Cromwell, qui exposent les faits et l'historique judiciaire. Comme la majorité, je suis d'avis de confirmer l'acquittal de l'intimée, mais pour d'autres motifs.

[79] Mon collègue estime que l'art. 218 exige la prévision subjective des conséquences qui s'ensuivent ou qui sont susceptibles de s'ensuivre pour l'enfant de l'abandon ou de l'exposition de ce dernier. Suivant cette interprétation, pour justifier une déclaration de culpabilité, le ministère public est tenu d'établir entre autres qu'en abandonnant ou en exposant l'enfant, l'accusé a prévu qu'il lui ferait courir un risque de décès ou de préjudice permanent, ou qu'il l'exposerait à ce risque, et qu'il a persisté malgré tout, sans se soucier des conséquences.

[80] En toute déférence, je ne crois pas que la disposition commande l'application d'une norme de preuve aussi stricte pour établir la faute liée aux conséquences prohibées, ni que pareille interprétation concorde avec l'intention du législateur.

[81] L'article 218 a essentiellement pour objet de protéger les enfants. Il vise à soustraire une catégorie de personnes (les enfants de moins de 10 ans) à deux risques précis (le décès ou le préjudice permanent) qui découlent ou qui sont susceptibles de découler de l'abandon ou de l'exposition. Comme je l'explique ci-après, il cible trois catégories de personnes dans la situation où un enfant de moins de 10 ans court ou est susceptible de courir le risque de mourir ou de subir un préjudice permanent : (1) celle qui a l'obligation légale, à la fois préexistante et permanente, de prendre soin de l'enfant, (2) celle qui, dans cette situation, décide de venir en aide à l'enfant et (3) celle qui est à l'origine de la situation.

[82] Suivant cette interprétation de l'art. 218 qui est à mon sens la bonne, la négligence pénale suffit pour établir la faute requise par la disposition en ce qui a trait aux conséquences de l'abandon ou de l'exposition d'un enfant. Dès lors, le ministère public doit établir qu'une personne raisonnable aurait prévu que sa conduite faisait courir ou était susceptible de faire courir à l'enfant un risque de

permanent injury and that the accused's conduct constituted a marked departure from that expected of a reasonable person in the circumstances.

[83] The recognized tools of statutory interpretation support the conclusion that penal negligence is the requisite fault element for the proscribed consequences in s. 218 of the *Code*. In what follows, I propose to canvass the plain language of the provision, its legislative history, relevant scholarly opinion, and this Court's precedents in an attempt to establish as much. But I also propose to rely on some common sense. Indeed, when one steps back from the mechanistic and often result-driven application of the seemingly endless and at times contradictory tools of statutory interpretation, common sense may, and generally will, prove to be the best guide to statutory interpretation. It certainly is here, as I will explain.

## II. Analysis

### A. *Understanding the Elements of the Offence of Child Abandonment*

[84] As with all offences, to secure a conviction under s. 218, the Crown must prove, beyond a reasonable doubt, that the conduct of the accused satisfies every element of the offence. For convenience, I set out the provision in its entirety:

**218.** [Abandoning child] Every one who unlawfully abandons or exposes a child who is under the age of ten years, so that its life is or is likely to be endangered or its health is or is likely to be permanently injured,

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

(b) is guilty of an offence punishable on summary conviction and liable to imprisonment for a term not exceeding eighteen months.

Section 214 of the *Code* defines the words "abandon" and "expose" for the purposes of s. 218, and reads as follows:

décès ou de préjudice permanent, et que la conduite de l'accusé représente un écart marqué par rapport à ce dont on se serait attendu d'une personne raisonnable dans les circonstances.

[83] Les méthodes d'interprétation législative reconnues appuient la conclusion que la négligence pénale correspond à l'élément de faute requis à l'égard des conséquences prohibées à l'art. 218 du *Code*. Afin d'étayer ma thèse, je me propose maintenant d'étudier le texte de l'art. 218, son historique, le point de vue des auteurs et la jurisprudence de la Cour. De plus, je compte faire appel au simple bon sens. En effet, lorsqu'on renonce à recourir mécaniquement et souvent en fonction du résultat recherché aux méthodes d'interprétation apparemment innombrables et parfois contradictoires, le recours au bon sens peut se révéler et se révèle généralement être la meilleure option. C'est assurément le cas en l'espèce, comme je l'explique plus loin.

## II. Analyse

### A. *Les éléments constitutifs de l'infraction d'abandon d'enfant*

[84] Comme dans le cas de toute infraction, pour que l'accusé soit déclaré coupable de l'infraction prévue à l'art. 218, le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable chacun des éléments de l'infraction. Voici d'ailleurs le texte intégral de la disposition :

**218.** [Abandon d'un enfant] Quiconque illicitement abandonne ou expose un enfant de moins de dix ans, de manière que la vie de cet enfant soit effectivement mise en danger ou exposée à l'être, ou que sa santé soit effectivement compromise de façon permanente ou exposée à l'être est coupable :

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

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'un emprisonnement maximal de dix-huit mois.

Aux fins de l'application de l'art. 218, l'art. 214 du *Code* définit comme suit les mots « abandonner » et « exposer » :

**214.** In this Part,

“abandon” or “expose” includes

(a) a wilful omission to take charge of a child by a person who is under a legal duty to do so, and

(b) dealing with a child in a manner that is likely to leave that child exposed to risk without protection;

[85] It bears noting that the offence under s. 218 is not concerned with an act of abandonment or exposure in the abstract, or even the act of abandoning or exposing any child. Rather, it is concerned with an act of abandoning or exposing a child under 10 so that the child is subject to certain risks. There are thus three distinct elements, as follows:

1. an act of abandonment or exposure,
2. of a child under the age of 10,
3. so that the child’s life is or is likely to be endangered *or* its health is or is likely to be permanently injured.

[86] These three elements have been termed “acts”, “circumstances” and “consequences”. See D. Ormerod, *Smith and Hogan’s Criminal Law* (13th ed. 2011), at p. 56. The act — here, abandonment or exposure — speaks to the conduct that, on its own or because of its consequences, the law seeks to punish. The circumstances — here, a child under 10 — bring more specificity to the conduct by identifying certain facts or conditions that must be present. Finally, the consequences — here, the risk to the child’s life or health — are the result that the law seeks to prevent. Breaking an offence down into its various parts is important because, as Professor Ormerod observes, “the law may require different mental elements for the various constituents” (p. 56). This is true with respect to s. 218 and, for reasons I will explain, care must thus be taken to distinguish between the act, its circumstances and its consequences in assessing the requisite *mens rea* for the offence.

**214.** Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente partie.

« abandonner » ou « exposer » S’entend notamment :

a) de l’omission volontaire, par une personne légalement tenue de le faire, de prendre soin d’un enfant;

b) du fait de traiter un enfant d’une façon pouvant l’exposer à des dangers contre lesquels il n’est pas protégé;

[85] Il convient de signaler que l’infraction prévue à l’art. 218 ne s’entend pas de l’acte d’abandon ou d’exposition dans l’abstrait, ni même de l’abandon ou de l’exposition de n’importe quel enfant. Elle s’entend de l’abandon ou de l’exposition d’un enfant de moins de 10 ans de manière à lui faire courir certains risques. L’infraction est donc constituée de trois éléments distincts :

1. l’acte d’abandon ou d’exposition,
2. d’un enfant de moins de 10 ans,
3. de manière que la vie de cet enfant soit effectivement mise en danger ou exposée à l’être, *ou* que sa santé soit effectivement compromise de façon permanente ou exposée à l’être.

[86] D’aucuns les ont appelés « acte », « circonstances » et « conséquences ». Voir D. Ormerod, *Smith and Hogan’s Criminal Law* (13<sup>e</sup> éd. 2011), p. 56. L’acte, à savoir l’abandon ou l’exposition, s’entend de la conduite que le législateur vise à réprimer en raison de sa nature ou de ses conséquences. Les circonstances, à savoir l’âge de l’enfant (moins de 10 ans), circonscrivent la conduite en précisant certaines données ou certaines conditions qui doivent être réunies. Enfin, les conséquences, à savoir le risque pour la vie ou la santé de l’enfant, s’entendent du résultat que le législateur cherche à empêcher. Il importe de réduire une infraction à ses différentes composantes car, comme le fait remarquer le professeur Ormerod, [TRADUCTION] « à chacun des éléments constitutifs peut correspondre un élément moral différent » (p. 56), ce qui est le cas de l’art. 218. Pour les motifs que j’expose ci-après, il faut donc établir une distinction entre l’acte, ses circonstances et ses conséquences pour déterminer la *mens rea* que commande l’infraction.

[87] The *mens rea* of an offence “does not exist in the air or in the abstract but must be related to certain consequences or circumstances” (K. Roach, *Criminal Law* (5th ed. 2012), at p. 164). As a general rule, a mental element, whether subjective or objective, will accompany each physical element of a crime, be it the act, its circumstances or its consequences. For example, as the third element in s. 218 requires that the child’s life or health is or is likely to be placed at risk, absent an exception to the rule, there must be an accompanying mental element of some kind, whether subjective or objective, that addresses the accused’s state of mind in respect of the risk to the child.

[88] Furthermore, it is worth recalling that a particular offence may well have some mental elements that are assessed subjectively and others that are assessed objectively. In *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128, at para. 80, L’Heureux-Dubé J., for the majority, refused to accept that “an offence must be either subjective or objective with no possible middle ground”. In her view,

the *mens rea* of a particular offence is composed of the totality of its component fault elements. The mere fact that most criminal offences require some subjective component does not mean that every element of the offence requires such a state of mind. [Emphasis in original; para. 80.]

With that point in mind, one must be careful not to speak of a crime as requiring simply subjective or objective *mens rea*. Such conclusions “tel[l] only part of the story”, and a “more precise approach” requires identifying each mental element in relation to its coordinate physical element (Roach, at p. 164). Accordingly, the task before us is to identify the mental element *for each* of the three physical elements of the offence of child abandonment — the act, the circumstances and the consequences.

[89] That brings me to the presumption that Parliament intends crimes to have a subjective fault element. My colleague does a thorough analysis of the subject and concludes that

[87] La *mens rea* d’une infraction [TRADUCTION] « n’existe pas indépendamment de tout contexte ou dans l’abstrait; elle doit plutôt être mise en relation avec certaines conséquences ou circonstances » (K. Roach, *Criminal Law* (5<sup>e</sup> éd. 2012), p. 164). En règle générale, un élément moral, qu’il soit subjectif ou objectif, correspond à chacun des éléments constitutifs d’un crime, qu’il s’agisse de l’acte, de ses circonstances ou de ses conséquences. Par exemple, comme le troisième élément de l’art. 218 nécessite que la vie ou la santé de l’enfant soit effectivement mise en danger ou exposée à l’être, sauf exception, un quelconque élément moral, subjectif ou objectif, doit correspondre à l’état d’esprit de l’accusé quant au risque couru par l’enfant.

[88] En outre, il vaut la peine de rappeler qu’il se peut fort bien que certains éléments moraux d’une infraction doivent être appréciés subjectivement et que d’autres doivent l’être objectivement. S’exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour dans *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128, par. 80, la juge L’Heureux-Dubé a disconvencu qu’« une infraction doit être soit subjective soit objective, sans moyen terme ». Selon elle,

la *mens rea* d’une infraction donnée se compose de l’ensemble de ses divers éléments de faute. Le simple fait que la plupart des infractions criminelles exigent un certain élément subjectif ne signifie pas que chacun des éléments de l’infraction exige un tel état d’esprit. [Souligné dans l’original; par. 80.]

Il faut donc se garder d’affirmer qu’une infraction criminelle exige simplement une *mens rea* subjective ou objective, car ce serait [TRADUCTION] « ne brosser qu’une partie du tableau » (Roach, p. 164). Une « démarche plus précise » requiert que l’on relie chacun des éléments matériels à l’élément moral correspondant (p. 164). Il faut dès lors déterminer quel élément moral correspond à *chacun* des trois éléments matériels de l’infraction d’abandon d’enfant que sont l’acte, ses circonstances et ses conséquences.

[89] Passons à la présomption selon laquelle le législateur veut que la perpétration d’une infraction criminelle requiert la commission d’une faute subjective. Mon collègue analyse la question en profondeur et conclut que

the presumption of subjective fault is not an outdated rule of construction which is at odds with the modern approach to statutory interpretation repeatedly endorsed by the Court. On the contrary, the presumption forms part of the context which the modern approach requires to be considered. [para. 28]

[90] I do not take issue with that observation. Care must be taken, however, to keep the presumption in its proper perspective. As Morris Manning and Peter Sankoff observe in their treatise:

While generally correct, even [the presumption of subjective *mens rea*] runs the possibility of being misinterpreted. Although subjective fault is clearly the preferred standard, this has not always extended to every element of the offence, and it is particularly controversial in relation to the mental foresight required for particular consequences. [Emphasis added.]

(*Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (4th ed. 2009), at p. 153)

[91] The authors' caution is well founded. A line of decisions from this Court, beginning with *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944, have made clear that criminal law may justifiably "distinguish between criminal responsibility for equally reprehensible acts on the basis of the harm that is actually caused" (p. 967). Thus, for so-called "predicate" offences, the law requires subjective *mens rea* only for the underlying act, while accepting objective *mens rea* for the *consequences* that flow from that act. As McLachlin J. (as she then was) aptly put it in *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3, at p. 54, "[c]onsequences can be important."

[92] More broadly, however, the adoption of objective *mens rea* for the consequences of a particular act is not confined to predicate offences. Such a narrow approach would "not [be] consistent with the way in which this Court has defined standards of fault" (*Hinchey*, at para. 81). In the end, "the question of which crimes can legitimately possess objective fault elements . . . will often depend on the wording of a particular section as well as its legislative purpose and context"

la présomption d'une faute de nature subjective n'est pas une règle d'interprétation obsolète qui va à l'encontre de l'interprétation législative moderne maintes fois avalisée par la Cour. Au contraire, elle fait partie du contexte qui, suivant l'approche moderne, doit être examiné. [par. 28]

[90] Je n'en disconviens pas, mais il faut considérer la présomption dans sa juste perspective. Dans leur traité, Morris Manning et Peter Sankoff affirment ce qui suit :

[TRANSLATION] Quoique son application soit généralement fondée, même [la présomption d'une *mens rea* subjective] peut être mal interprétée. La faute subjective est manifestement la norme privilégiée, mais elle ne vaut pas toujours pour chacun des éléments de l'infraction et elle prête particulièrement à controverse lorsqu'il s'agit de la prévisibilité de certaines conséquences. [Je souligne.]

(*Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (4<sup>e</sup> éd. 2009), p. 153)

[91] La mise en garde des auteurs est justifiée. Il ressort des jugements de la Cour rendus dans la foulée de l'arrêt *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944, que le droit criminel peut à juste titre « établir une distinction quant à la responsabilité criminelle entre des actes également répréhensibles en fonction du préjudice qui est effectivement causé » (p. 967). Ainsi, dans le cas d'une infraction comportant une infraction « sous-jacente », la loi n'exige la *mens rea* subjective que pour l'acte, mais admet la *mens rea* objective pour les *conséquences* de cet acte. Comme le dit avec justesse la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, p. 54, « [l]es conséquences peuvent être importantes ».

[92] Mais, de façon plus générale, la *mens rea* requise à l'égard des conséquences d'un acte n'est pas objective que dans le cas d'une infraction comportant une infraction sous-jacente. Une interprétation aussi restrictive « [ne serait] [. . .] pas compatible avec la façon dont notre Cour a défini les normes de faute » (*Hinchey*, par. 81). En définitive, la « question de savoir quels crimes peuvent légitimement comporter des éléments de faute objectifs [. . .] dépendra souvent du libellé de

(para. 83). Bearing that observation in mind, this Court has concluded in certain cases other than those dealing with predicate offences that objective *mens rea* is the appropriate standard with respect to the consequences of particular acts. See, e.g., *R. v. Lohnes*, [1992] 1 S.C.R. 167 (causing a disturbance); *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606 (conspiracy to prevent or lessen competition unduly); *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122 (failing to provide the necessities of life).

[93] The same logic applies here. For reasons I will develop, the wording of s. 218, its legislative purpose and its context lead to the conclusion that objective *mens rea* is the standard against which the third element of the offence — the consequences of abandoning or exposing a child — is to be measured.

#### B. *Some Common Sense About Child Abandonment*

[94] As Professor Don Stuart has observed, “[m]ore ink has been spilt over the guilty mind concept than any other substantive criminal law topic” (*Canadian Criminal Law: A Treatise* (6th ed. 2011), at p. 167). The cases and commentary are muddled by a “bewildering variety of terminology” and “semantic acrobatics” (p. 167). Regrettably, the case at hand is no exception. Before turning to the task of statutory interpretation, then, I think it important to pause and reflect on the offence we are tasked with interpreting.

[95] As mentioned, s. 218 is child protection legislation. It seeks to protect children under the age of 10 who cannot fend for themselves and who, for that reason, are among society’s most vulnerable members. To be sure, abandoning or exposing a child under the age of 10 is a risky matter. No reasonable person would suggest otherwise. Given the inherent danger of abandoning or exposing a helpless child, Parliament has chosen to criminalize such conduct, but only to the extent that it places or is likely to place the child at risk of death or

l’article en cause ainsi que de son objet et du contexte législatif » (par. 83). Dans cette optique, la Cour a estimé, dans certains cas où il n’y avait pas d’infraction sous-jacente, que la *mens rea* liée aux conséquences de l’acte devait être établie objectivement. Voir, p. ex., *R. c. Lohnes*, [1992] 1 R.C.S. 167 (faire du tapage); *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606 (complot pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence); *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122 (omission de fournir les choses nécessaires à l’existence).

[93] Le même raisonnement vaut en l’espèce. Pour les motifs exposés ci-après, le libellé de l’art. 218, son objet et son contexte mènent à la conclusion que la *mens rea* doit être appréciée objectivement en ce qui concerne le troisième élément de l’infraction, à savoir les conséquences de l’abandon ou de l’exposition de l’enfant.

#### B. *Bon sens et abandon d’enfant*

[94] Comme le fait observer le professeur Don Stuart, [TRADUCTION] « [I]a question de l’état d’esprit coupable a fait couler beaucoup d’encre, plus que toute autre question en droit criminel positif » (*Canadian Criminal Law : A Treatise* (6<sup>e</sup> éd. 2011), p. 167). Un « nombre ahurissant de variations terminologiques » et « d’acrobaties sémantiques » confondent les tribunaux et les auteurs (p. 167). Malheureusement, la présente affaire ne fait pas exception. Avant de passer à l’interprétation de la disposition, il importe selon moi de réfléchir un instant à l’infraction que crée la disposition à interpréter.

[95] Je le répète, l’art. 218 a pour objet de protéger les enfants, ceux de moins de 10 ans qui ne peuvent se débrouiller seuls et qui, pour cette raison, font partie des membres les plus vulnérables de la société. À n’en pas douter, il est risqué d’abandonner ou d’exposer un enfant de moins de 10 ans. Nulle personne sensée n’affirmerait le contraire. En raison du danger inhérent, le législateur a criminalisé l’abandon et l’exposition d’un enfant sans défense, mais seulement lorsqu’ils font courir ou sont susceptibles de faire courir à l’enfant

permanent injury. To put the matter somewhat differently, s. 218 reflects an effort by Parliament to require certain individuals to take care of a young child in certain situations that threaten its life or health. In the interests of protecting the child, the provision thus imposes a societal minimum standard of conduct.

[96] Once it is accepted that in enacting s. 218 Parliament intended to guard against dangerous conduct that any reasonable person would foresee is likely to endanger a child's life or expose it to permanent injury, I fail to see why Parliament would turn around and provide accused persons with a host of defences based on their individual characteristics. Doing so would effectively defeat the provision's purpose of imposing a societal minimum standard of conduct, since crimes of subjective fault require an assessment of personal characteristics to the extent that they tend to prove or disprove an element of the offence (*Creighton*, at p. 63). Age, temperament, mental development, experience, sophistication and education would all factor into the determination of whether a particular accused appreciated the risk of harm resulting from the inherently dangerous conduct of abandoning or exposing a helpless child. Of particular concern, such an approach would provide a defence to the errant parent or irresponsible caregiver who, by virtue of intoxication, could not or did not foresee the likely consequences of his or her dangerous conduct, whether it be locking a child in a car on a hot summer's day or exposing a child to the elements on a cold winter's night.

[97] I do not accept that Parliament, in enacting s. 218, contemplated such a self-defeating regime. Common sense suggests that Parliament would not treat the lives and safety of innocent children with such indifference.

[98] These observations are neither new nor novel. One need only look back to the last time this

un risque de décès ou de préjudice permanent. Autrement dit, l'art. 218 témoigne de la volonté du législateur de contraindre certaines personnes à prendre soin d'un jeune enfant dans certaines situations qui menacent sa vie ou sa santé. Afin de protéger les jeunes enfants, la disposition établit donc une norme de conduite minimale applicable à tous.

[96] Une fois qu'on reconnaît que, en adoptant l'art. 218, le législateur a voulu prévenir le comportement dangereux qui, aux yeux de toute personne raisonnable, est susceptible de mettre la vie d'un enfant en danger ou d'exposer l'enfant à un préjudice permanent, je ne vois pas pourquoi le législateur aurait voulu permettre en même temps à l'accusé d'invoquer une multitude de moyens de défense fondés sur ses caractéristiques personnelles. En effet, cela aurait été contradictoire avec l'objectif de la disposition qui consiste à établir une norme de conduite minimale applicable à tous, étant donné qu'une infraction pour laquelle la faute doit être prouvée subjectivement emporte la prise en compte des caractéristiques personnelles qui sont de nature à établir l'existence ou l'inexistence d'un élément de l'infraction (*Creighton*, p. 63). L'âge, le tempérament, le développement mental, l'expérience, le discernement et l'instruction entreraient tous en ligne de compte pour déterminer si l'accusé était conscient du risque de préjudice que comportait l'acte foncièrement dangereux qu'est l'abandon ou l'exposition d'un enfant sans défense. Il serait particulièrement inquiétant d'offrir ainsi un moyen de défense au parent fautif ou au gardien irresponsable qui, à cause de son intoxication, ne pouvait pas prévoir ou n'a pas prévu les conséquences possibles de sa conduite dangereuse, qu'il s'agisse de laisser un enfant dans une voiture verrouillée une chaude journée d'été ou de le livrer aux éléments une froide nuit d'hiver.

[97] Je ne saurais convenir que, en adoptant l'art. 218, le législateur a voulu établir un régime qui va ainsi à l'encontre du but recherché. Il serait contraire au bon sens que le législateur fasse preuve d'une telle indifférence à l'égard de la vie et de la sécurité d'enfants innocents.

[98] Ces observations n'ont rien de nouveau. On n'a qu'à se reporter à la dernière affaire où la Cour

Court addressed the fault requirements of a child protection measure in the *Criminal Code* to find support for an objective standard in this context. In *Naglik*, the Court interpreted the fault requirements for s. 215 — a sister provision to s. 218 that punishes a failure to provide the necessities of life. No member of the *Naglik* Court questioned the need for an objective standard. Indeed, every member of the Court recognized that anything other than an objective standard would undermine the provision's purpose. Even Lamer C.J., who would have allowed for some personal characteristics, was unequivocal that a subjective standard was untenable in this context:

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. [Emphasis added; emphasis in original deleted; p. 141.]

Justice McLachlin (as she then was), speaking for the majority on this issue, went further, holding that personal factors such as “youth, experience, [and] education” have no place in adjudicating fault for this kind of offence (p. 148). With respect, I believe the same holds true for s. 218.

### C. *Section 218 Is a Duty-Based Offence*

[99] Turning then to the heart of the matter, in my view, s. 218 is a duty-based offence — no less so than its sister provision s. 215. Admittedly, the wording of s. 218 is not as explicit as the wording of s. 215 and more work is needed to uncover the true purpose of s. 218 and the individuals it targets. However, if s. 218 is duty-based, then the reasoning that led this Court in *Naglik* to conclude that penal negligence satisfies the fault element in

s'est prononcée sur la faute exigée aux fins d'une disposition du *Code criminel* sur la protection des enfants pour étayer la thèse de l'application d'une norme de preuve objective dans ce contexte. Dans *Naglik*, la Cour s'est penchée sur la nature de la faute exigée pour l'application de l'art. 215, une disposition apparentée à l'art. 218 qui réprime le défaut de fournir les choses nécessaires à l'existence. Aucun des juges de la Cour alors saisis n'a mis en doute la nécessité d'une norme de preuve objective. Tous ont d'ailleurs reconnu que ne pas appliquer une norme objective irait à l'encontre de l'objet de la disposition. Même le juge en chef Lamer, qui aurait été enclin à tenir compte de certaines caractéristiques personnelles, a affirmé catégoriquement qu'une norme subjective était insoutenable dans le contexte :

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 respecter dans leur conduite une norme de la société plutôt qu'une norme personnelle. [Je souligne; soulignement dans l'original omis; p. 141.]

S'exprimant au nom des juges majoritaires sur ce point, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) est allée plus loin en concluant que les caractéristiques personnelles telles que la « jeunesse, [le] degré d'expérience [et le] degré d'instruction » ne jouent pas lorsqu'il s'agit de statuer sur l'existence de la faute qu'exige la perpétration de ce genre d'infraction (p. 148). Soit dit en tout respect, j'estime qu'il en va de même pour l'art. 218.

### C. *L'article 218 crée une infraction fondée sur une obligation*

[99] Pour répondre à la question principale que pose le pourvoi, j'estime que l'art. 218 crée une infraction fondée sur une obligation, au même titre que sa disposition apparentée, l'art. 215. Certes, le libellé de l'art. 218 n'est pas aussi explicite que celui de l'art. 215, et il faut pousser l'analyse pour déterminer le véritable objet de l'art. 218 et les personnes auxquelles il s'applique. Or, si l'infraction prévue à l'art. 218 est fondée sur une obligation,

s. 215 applies with equal force to s. 218 as a matter of principle and precedent. It is really as simple as that.

[100] As indicated, I am satisfied that s. 218 targets three limited classes of people faced with a situation where a child under 10 is or is likely to be at risk of death or permanent injury:

1. those who have a pre-existing and an ongoing legal duty to take charge of the child;
2. those who choose to come to the aid of the child in that situation; and
3. those who place the child in that situation.

I explain my thinking in what follows.

(1) The Language of Sections 214 and 218

[101] Turning to the first group mentioned above, while s. 218 of the *Code* does not itself refer to persons who have a legal duty to take charge of a child under the age of 10 years, s. 214, which provides a non-exhaustive definition of the terms “abandon” and “expose” as used in s. 218, incorporates such persons expressly. Paragraph (a) of the definition includes within the meaning of “abandon” or “expose” “a wilful omission to take charge of a child by a person who is under a legal duty to do so”.

[102] As a consequence of this language, s. 218 plainly takes in a large swath of people *who owe a legal duty* to take charge of a child under the age of 10 — including parents, foster parents and guardians, the people most likely to run afoul of the provision by virtue of being the central figures in a child’s life. Once that is accepted, as I think it must be, I fail to see how or why the provision should not be characterized as “duty-based”.

le raisonnement à l’issue duquel la Cour conclut, dans *Naglik*, que la négligence pénale correspond à l’élément de faute requis à l’art. 215 vaut tout autant pour l’art. 218 sur les plans logique et jurisprudentiel. C’est en fait aussi simple que cela.

[100] Comme je le dis précédemment, je suis convaincu que trois catégories de personnes sont visées à l’art. 218 dans la situation où un enfant de moins de 10 ans court ou est susceptible de courir le risque de mourir ou de subir un préjudice permanent :

1. celle qui a l’obligation légale, à la fois préexistante et permanente, de prendre soin de l’enfant;
2. celle qui, dans cette situation, décide de venir en aide à l’enfant;
3. celle qui est à l’origine de la situation.

Voici quel est mon raisonnement.

(1) Le libellé des art. 214 et 218

[101] Considérons la première catégorie susmentionnée. Bien que l’art. 218 du *Code* ne fasse pas lui-même mention de la personne légalement tenue de prendre soin de l’enfant de moins de 10 ans, l’art. 214, qui définit de manière non exhaustive les termes « abandonner » et « exposer » employés à l’art. 218, le fait expressément. Suivant l’al. a) de la définition, « abandonner » ou « exposer » s’entend notamment de « l’omission volontaire, par une personne légalement tenue de le faire, de prendre soin d’un enfant ».

[102] Vu ce libellé, le champ d’application de l’art. 218 englobe à l’évidence une multitude de personnes *légalement tenues* de prendre soin d’un enfant de moins de 10 ans, y compris les parents, les parents d’accueil et les gardiens, soit les gens les plus susceptibles de commettre l’infraction en raison du rôle central qu’ils jouent dans la vie d’un enfant. Une fois ce fait reconnu comme je crois qu’il doit l’être, je ne vois pas de quelle manière ni pour quelles raisons on pourrait soutenir que l’infraction n’est pas « fondée sur une obligation ».

[103] The recognition that s. 218 sweeps within its ambit persons who are *already* duty-bound to protect a child leads to the central difficulty with holding that s. 218 is, in its entirety, a subjective *mens rea* offence. Put simply, if the great bulk of people to whom the provision applies have a pre-existing and ongoing legal duty to take charge of children who fall below the age of 10, it hardly seems reasonable, or right, that they should be judged against a subjective *mens rea* standard when the very same people who run afoul of the duty-based provision next door (s. 215) are judged on a penal negligence standard (see *Naglik*). Self-evidently, the result would be a double standard — an objective standard under s. 215 and a subjective standard under s. 218 — for provisions that serve similar, if not identical, purposes: protecting the same children, imposing a duty on the same people, guarding against the same consequences.

[104] One might be inclined to justify such a double standard on the basis of a key difference in s. 218, namely that it applies to people who have a pre-existing and ongoing legal duty to children under the age of 10 *and* to those who do *not* have such a duty, by virtue of para. (b) of the definition of “abandon” or “expose” in s. 214. That part of the definition includes persons “dealing with a child in a manner that is likely to leave that child exposed to risk without protection”, which at first blush could be read as sweeping in a large number of people who have no pre-existing duty to the child.<sup>1</sup>

[105] If one were inclined to argue that para. (b) makes a critical difference, one might reason that Parliament picked the better of only two options before it with respect to *mens rea*. Parliament could have identified an objective *mens rea* standard in s. 218 for those with a pre-existing and ongoing duty (to achieve harmony with s. 215) and a subjective *mens rea* standard for the others captured

[103] Reconnaître que des personnes *déjà* tenues de protéger l’enfant tombent sous le coup de l’art. 218 fait ressortir la principale faille de la conclusion selon laquelle chacun des éléments constitutifs de l’infraction requiert une *mens rea* subjective. En somme, si la plupart des personnes ciblées par l’art. 218 ont déjà l’obligation légale permanente de prendre soin d’un enfant de moins de 10 ans, il ne semble guère raisonnable ou juste d’apprécier leur intention (*mens rea*) au regard d’une norme de preuve subjective alors que, pour les besoins d’une disposition voisine créant une infraction fondée sur une obligation (l’art. 215), elles sont soumises à la norme de la négligence pénale (voir *Naglik*). Manifestement, deux normes s’appliqueraient dès lors, l’une objective sous le régime de l’art. 215, et l’autre subjective sous le régime de l’art. 218, deux dispositions dont l’objet est similaire, voire identique, à savoir protéger les mêmes enfants, assujettir les mêmes personnes à une obligation et prévenir les mêmes conséquences.

[104] On peut être tenté de justifier cette dualité de normes par un élément distinctif important de l’art. 218, c’est-à-dire son application à la personne qui a déjà l’obligation légale permanente de prendre soin d’un enfant de moins de 10 ans *et*, suivant l’al. b) de la définition d’« abandonner » ou d’« exposer » de l’art. 214, à la personne qui *n’est pas* assujettie à une telle obligation. Ce volet de la définition vise la personne qui « trait[e] un enfant d’une façon pouvant l’exposer à des dangers contre lesquels il n’est pas protégé », ce qui, à première vue, peut être interprété comme étant susceptible d’être le fait d’un grand nombre de personnes qui n’ont pas d’obligation préexistante vis-à-vis de l’enfant<sup>1</sup>.

[105] On peut justifier la thèse d’une différence cruciale établie par l’al. b) en faisant valoir que le législateur a choisi la meilleure des deux seules solutions qui s’offraient quant à la *mens rea*. Il aurait pu, pour les besoins de l’art. 218, assujettir à une norme objective la personne ayant une obligation préexistante permanente (aux fins de l’harmonisation avec l’art. 215) et à une norme

<sup>1</sup> For convenience, I will refer in what follows simply to the “s. 214 definition”.

<sup>1</sup> Pour simplifier ci-après, je renvoie simplement à la « définition de l’art. 214 ».

by para. (b) (to restrict the scope of criminal liability). However, this result — a single crime that contemplates different mental standards for different persons engaging in the same culpable acts — is entirely foreign to our criminal law. Surely, Parliament did not intend this. The only remaining option, then, might be to allow persons with a pre-existing and ongoing duty to reap the benefit of the subjective higher standard, even if that created a double standard for them. Such a result, it might be argued, would ensure that those additional individuals caught by para. (b) of the s. 214 definition are not unjustly branded as criminals. That is the approach the majority adopts.

[106] Respectfully, I would prefer not to endorse such a stark double standard — and, fortunately, I need not do so. There is a third option. Section 218 can, and in my view should, be read purposefully and harmoniously, such that it applies only to persons who are cloaked with a duty, whether pre-existing and ongoing *or situational*, to protect a particular child under the age of 10 from death or permanent injury, *all of whom* are properly subject to an objective standard with respect to the consequences element of s. 218. Let me explain.

[107] Manifestly, the language of para. (b) of the s. 214 definition is broad. The plain language of the words “dealing with a child” can connote much; the question is how much. In my view, they are meant to capture those people who take active steps to alleviate a situation or who place a child in a situation that will, or is likely to, endanger the child’s life or cause it permanent injury — the second and third groups to which I referred above. Such persons are cloaked with a *situational* duty to take reasonable steps to preserve and protect the life and safety of the child during the course of their limited involvement with the child.

subjective la personne visée à l’al. b) (afin de restreindre la portée de la responsabilité criminelle). Or, le résultat — une même infraction criminelle assujettissant la preuve de l’élément moral à des normes différentes selon qu’une personne plutôt qu’une autre est l’auteur du même acte coupable — est tout à fait étranger à notre droit criminel. Le législateur n’a certainement pas voulu qu’il en soit ainsi. La seule autre solution serait peut-être alors de permettre que la personne assujettie à une obligation préexistante permanente bénéficie de l’application de la norme subjective, plus stricte, même s’il y avait alors dualité de normes. On peut soutenir que, de la sorte, la personne tombant sous le coup de l’al. b) de la définition de l’art. 214 ne serait pas considérée à tort comme un criminel. C’est là ce que préconisent les juges majoritaires.

[106] Soit dit en tout respect, je préfère ne pas faire mienne une différence de traitement aussi marquée. Heureusement, je n’ai pas à le faire, car il existe une troisième possibilité. L’article 218 peut — et doit selon moi — recevoir une interprétation téléologique et harmonieuse de manière à ne s’appliquer qu’aux personnes ayant une obligation, qu’elle soit préexistante et permanente *ou qu’elle découle de certaines situations*, de protéger un enfant de moins de 10 ans contre le risque de décès ou de préjudice permanent. *Toutes ces personnes* sont alors dûment soumises à une norme objective en ce qui concerne les conséquences prohibées à l’art. 218. Je m’explique.

[107] L’alinéa b) de la définition de l’art. 214 est manifestement rédigé de manière générale. Les mots « du fait de traiter un enfant » peuvent vouloir dire bien des choses, mais que faut-il y voir? À mon sens, ils sont censés englober les actes d’une personne qui agit concrètement pour remédier à une situation ou les actes d’une personne qui crée une situation où l’enfant court ou est susceptible de courir le risque de mourir ou de subir un préjudice permanent, ce qui correspond aux deuxième et troisième catégories de personnes susmentionnées. De telles personnes, *dans certaines situations*, ont l’obligation de prendre des mesures raisonnables pour protéger la vie de l’enfant et assurer sa sécurité au cours de leur intervention ponctuelle auprès de celui-ci.

[108] The facts of the present case provide a fitting example. The store manager became duty-bound to the child, A.J.H., when he removed him from the toilet. Having taken active steps to come to the child's aid, he was cloaked with a duty to take reasonable steps to protect the child from further harm. No such duty attached to the assistant store manager or the store patrons, however, as they did not choose to become directly involved with the child. Consequently, they did not “dea[l] with” the child within the meaning of s. 214.

[109] Situational duties of the kind I describe here are far from foreign to the *Code*. I gain comfort in the case at hand from ss. 216, 217 and 217.1 of the *Code*, each of which contemplate a duty imposed by law on an individual who undertakes to do something by virtue of positive actions. Section 217, for example, provides:

**217.** Every one who undertakes to do an act is under a legal duty to do it if an omission to do the act is or may be dangerous to life.

[110] Much like the language in para. (b) of the s. 214 definition of “abandon” or “expose”, the language of “undertak[ing] to do an act” in s. 217 is capable of a sweeping definition. But that is not the path the criminal law has followed — and wisely so. As Abella J.A. (as she then was) observed in *R. v. Browne* (1997), 33 O.R. (3d) 775 (C.A.):

There is no doubt that the definition embraces an interpretive continuum ranging from an assertion to a promise. But it seems to me that when we are deciding whether conduct is caught by the web of criminal liability, the threshold definition we apply must justify penal sanctions. . . . The word “undertaking” in s. 217 must be interpreted in this context. The threshold definition must be sufficiently high to justify such serious penal consequences. The mere expression of words indicating a willingness to do an act cannot trigger the legal duty. There must be something in the nature of a commitment, generally, though not necessarily, upon which reliance can reasonably be said to have been placed. [Emphasis added; pp. 779-80.]

[108] Les faits de l'espèce offrent un bon exemple. Le gérant du magasin a contracté une obligation envers l'enfant, A.J.H., lorsqu'il l'a retiré de la cuvette. Comme il a pris une mesure concrète pour venir en aide à l'enfant, il a contracté l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour lui éviter tout autre préjudice. Toutefois, ni la gérante adjointe, ni les clients du magasin n'ont contracté pareille obligation car ils ne sont pas intervenus directement auprès de l'enfant. Par conséquent, ils n'ont pas « trait[é] » l'enfant au sens de l'art. 214.

[109] Les obligations qui découlent de certaines situations et qui s'apparentent à celle dont je fais état dans les présents motifs sont loin d'être étrangères au *Code*. Les articles 216, 217 et 217.1 du *Code* me confortent en l'espèce dans cette opinion. Chacun renvoie à une obligation légale de la personne qui entreprend d'accomplir quelque chose en prenant une mesure concrète. Par exemple, l'art. 217 dispose :

**217.** Quiconque entreprend d'accomplir un acte est légalement tenu de l'accomplir si une omission de le faire met ou peut mettre la vie humaine en danger.

[110] Comme les termes employés à l'al. b) de la définition d'« abandonner » ou d'« exposer » de l'art. 214, l'expression « entreprend d'accomplir un acte » utilisée à l'art. 217 peut avoir une très grande portée. Le droit criminel ne l'a toutefois pas permis, et ce, à juste titre. Voici ce que fait remarquer la juge Abella (maintenant juge de notre Cour) dans *R. c. Browne* (1997), 33 O.R. (3d) 775 (C.A.) :

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que le spectre des interprétations possibles va de la [simple] affirmation à la promesse [formelle]. J'estime toutefois que, pour décider qu'une conduite engage la responsabilité criminelle, nous devons fixer un seuil à partir duquel l'infliction d'une sanction pénale est justifiée. [. . .] C'est dans ce contexte qu'il faut interpréter le mot « entreprend » employé à l'art. 217. La barre doit être suffisamment haute pour que des conséquences pénales aussi graves soient justifiées. La seule utilisation de termes dénotant le caractère volontaire d'un acte ne saurait faire naître l'obligation légale. En général, mais pas nécessairement, il doit y avoir une sorte d'engagement auquel une personne a pu raisonnablement se fier. [Je souligne; p. 779-780.]

[111] In my view, Justice Abella’s conclusion with respect to s. 217 points to the proper construction of para. (b) of the s. 214 definition as cloaking with a duty to act reasonably only those people who by active steps undertake to preserve and protect a child from death or permanent injury (the second group mentioned above). By the same token, it does not require a leap of logic to conclude that “dealing with” a child within the meaning of para. (b) of the s. 214 definition must similarly be restricted in scope to those who actually place the child in a situation in which it is put at risk of death or permanent injury (the third group).

[112] When one steps back to look at the broader picture, the understanding that one’s positive actions can give rise to a situational duty is a principle well known to the common law. As Professors Colvin and Anand have noted, historically there have been “three reasonably well-established categories of duty to act” (*Principles of Criminal Law* (3rd ed. 2007), at p. 141). The first is well known and concerns “general relationships of care and protection”, such as those captured by para. (a) of the s. 214 definition. The second concerns “specific undertakings to act” (see, e.g., *R. v. Nicholls* (1874), 13 Cox C.C. 75; *R. v. Instan*, [1893] 1 Q.B. 450) and the third concerns duties arising from “causal responsibility for dangerous situations” (see, e.g., *R. v. Salmon* (1880), 6 Q.B.D. 79; *R. v. Coyne* (1958), 124 C.C.C. 176 (N.B.S.C. (App. Div.)); *R. v. Miller*, [1983] 1 All E.R. 978 (H.L.)). See also Ormerod, at pp. 70-75 (including “[p]arents and other relations”, “[v]oluntary undertakings”, and “[c]reating a dangerous situation” as categories). These three categories map precisely to the three groups of individuals who I conclude come within the ambit of s. 218. While it is, of course, true that our criminal law does not include common law offences, in my view, the wording of para. (b) of the s. 214 definition reflects a specific statutory instantiation of the second and third of these long-standing common law principles — much like ss. 216, 217 and 217.1 do — in this case with respect to young children.

[111] À mon avis, cette conclusion de la juge Abella sur l’application de l’art. 217 permet d’interpréter correctement l’al. b) de la définition de l’art. 214 de façon à n’imposer l’obligation d’agir raisonnablement qu’à la personne qui, par des mesures concrètes, entreprend de protéger un enfant contre la mort ou le préjudice permanent (la seconde catégorie susmentionnée). Qui plus est, point n’est besoin de faire entorse à la logique pour conclure que « traiter » un enfant au sens de l’al. b) de la définition de l’art. 214 ne peut également être le fait que de la personne qui met l’enfant dans une situation où il risque de mourir ou de subir un préjudice permanent (la troisième catégorie de personnes).

[112] Lorsque, avec le recul, on considère la vue d’ensemble, la notion selon laquelle les actes concrets d’une personne peuvent emporter une obligation dans certaines situations est bien connue en common law. Comme le font remarquer les professeurs Colvin et Anand, [TRADUCTION] « trois catégories d’obligations d’agir assez bien établies » existent de longue date (*Principles of Criminal Law* (3<sup>e</sup> éd. 2007), p. 141). La première, que l’on connaît bien, est celle des obligations liées aux « rapports généraux en matière de soins et de protection » comme celles visées à l’al. a) de la définition de l’art. 214. La deuxième correspond aux obligations découlant d’« engagements précis d’agir » (voir, p. ex., *R. c. Nicholls* (1874), 13 Cox C.C. 75; *R. c. Instan*, [1893] 1 Q.B. 450). La troisième est celle des obligations découlant du « fait d’être à l’origine de la situation dangereuse » (voir, p. ex., *R. c. Salmon* (1880), 6 Q.B.D. 79; *R. c. Coyne* (1958), 124 C.C.C. 176 (C.S.N.-B. (Div. app.)); *R. c. Miller*, [1983] 1 All E.R. 978 (H.L.)). Voir aussi Ormerod, p. 70-75, qui retient les trois catégories suivantes : [TRADUCTION] « liens parentaux et autres », « engagements pris de plein gré » et « création d’une situation dangereuse ». Ces trois catégories d’obligations correspondent précisément aux trois catégories de personnes qui, selon moi, tombent sous le coup de l’art. 218. Certes, les infractions de common law ne font pas partie du droit criminel canadien mais, à mon sens, le libellé de l’al. b) de la définition de l’art. 214 instancie — à l’instar des art. 216, 217 et 217.1 — les deuxième et troisième catégories reconnues depuis longtemps en common law, mais dans le cas des jeunes enfants.

[113] Interpreting the scope of s. 218 in this way, as I believe it was meant to be, goes a long way toward addressing concerns about the broad scope of potential liability under the provision. The spectre of criminal liability under the offence is not overly broad. Indeed, the interpretation I favour may be narrower than that endorsed in the majority position, which does not delineate the type of conduct that would amount to “dealing with” a child. All else being equal, I thus cannot accept that the scope of this offence is a valid ground to require subjective foresight of the consequences proscribed by s. 218.

## (2) The Statutory Scheme

[114] I also note that s. 218 finds its place in Part VIII of the *Code* under the heading “Duties Tending to Preservation of Life”. It is one of two offences located under that heading — the other being s. 215. In my view, this provides some indication that Parliament intended that s. 218 be construed as a duty-based offence.

[115] In her text, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), Professor Ruth Sullivan, a leading authority on the construction of statutes, observes that “headings are a valid indicator of legislative meaning and may be taken into account in interpretation” (p. 394). See also *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439, at para. 47. Of particular note, in discussing the relationship between provisions grouped under the same heading, she writes:

When provisions are grouped together under a heading it is presumed that they are related to one another in some particular way, that there is a shared subject or object or a common feature to the provisions. [Emphasis added; p. 396.]

[116] While I do not place undue weight on it, I think some significance can be attached to the fact that s. 218 is coupled with one other offence, s. 215, which is clearly duty-based. And as I have just noted, s. 218 is grouped with other provisions

[113] L’interprétation que je préconise répond en bonne partie aux craintes liées à l’étendue de la responsabilité criminelle susceptible d’être engagée sous le régime de l’art. 218. Le spectre de la responsabilité criminelle que l’infraction est susceptible d’emporter n’est pas trop large. En fait, l’interprétation que je privilégie est peut-être plus stricte que celle retenue par les juges majoritaires, qui ne délimite pas la conduite assimilable au « fait de traiter » un enfant. Toutes autres choses étant égales par ailleurs, il m’est donc impossible de convenir que la portée de l’infraction justifie l’application d’une norme de prévisibilité subjective des conséquences prohibées à l’art. 218.

## (2) Le régime législatif

[114] Je relève par ailleurs que l’art. 218 se trouve à la partie VIII du *Code* sous la rubrique « Devoirs tendant à la conservation de la vie ». Il prévoit l’une des deux infractions figurant sous cette rubrique, l’autre étant celle créée à l’art. 215. J’estime que l’emplacement de l’art. 218 milite jusqu’à un certain point en faveur de l’intention du législateur d’y créer une infraction fondée sur une obligation.

[115] Dans son ouvrage intitulé *Sullivan on the Construction of Statutes* (5<sup>e</sup> éd. 2008), la professeure Ruth Sullivan, une sommité dans le domaine de l’interprétation des lois, fait remarquer que [TRADUCTION] « l’intitulé des rubriques peut être révélateur de l’intention du législateur et pris en compte aux fins d’interprétation » (p. 394). Voir aussi *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, par. 47. Il convient de citer ce qu’elle dit au sujet des dispositions regroupées sous une même rubrique :

[TRADUCTION] Les dispositions réunies sous une même rubrique sont présumées être liées entre elles d’une façon particulière, porter sur un même sujet ou avoir le même objet, ou encore, partager une même caractéristique. [Je souligne; p. 396.]

[116] Sans accorder trop de poids à la proximité des art. 218 et 215, ce dernier créant clairement une infraction fondée sur une obligation, je lui reconnais une certaine importance. Rappelons que l’art. 218 est regroupé avec d’autres dispositions (les art. 216, 217

(ss. 216, 217 and 217.1) that speak to the creation of legal duties in particular circumstances. Manifestly, s. 218 is embedded in a number of provisions which have, as their common denominator, the concept of “duty”. That being so, it seems anomalous that Parliament would, for no apparent reason, insert a non-duty-based offence into a thicket of duty-related provisions. The scenario becomes even more remarkable when one appreciates that s. 218 is concerned with inherently dangerous conduct that is or is likely to put the lives and safety of helpless young children at risk — the very type of situation which, in my view, requires a societal minimum standard of conduct and calls out for a standard of fault based on objective foreseeability.

[117] The reason, in my view, why the word “duty” is not found in s. 218 is because s. 218 deals primarily with acts of commission, whereas s. 215 deals with acts of omission. We do not speak of parents failing “not to abandon” their children or failing “not to expose” them to the risk of death or permanent injury. The gravamen of s. 218 lies not in the failure of an accused to do that which he or she is legally obliged to do (although para. (a) of the s. 214 definition accounts for such a situation) but rather, the doing of something that is inherently dangerous — abandoning or exposing a helpless child to the risk of death or permanent injury.

### (3) Scholarly Opinion

[118] Finally, I note that scholarly opinion on the offence of abandoning or exposing a child under s. 218 of the *Code* is sparse, but that which there is suggests the offence is duty-based.

[119] In his treatise, Professor Stuart indicates that the offence of child abandonment is a duty-based offence, although not one where the duty is stated within the offence. He places it in the category of “[o]ffences that extend to omissions but do not create a legal duty to act so a legal duty outside the offence must be found” (p. 96). According to

et 217.1) qui imposent des obligations légales dans certaines circonstances. De toute évidence, l’art. 218 fait partie de dispositions dont le dénominateur commun est la notion sous-jacente d’« obligation ». Il paraît donc inhabituel que, sans raison apparente, le législateur insère une infraction non fondée sur une obligation à la suite de dispositions qui se rapportent toutes à des obligations. L’idée paraît d’autant plus insolite que l’art. 218 vise la conduite intrinsèquement dangereuse qui met en danger la vie et la sécurité de jeunes enfants sans défense, ou les expose à un tel risque, le genre même de situation qui, à mon sens, exige l’établissement d’une norme de conduite minimale applicable à tous et appelle le recours à une norme de faute fondée sur la prévisibilité objective.

[117] L’absence du mot « obligation » à l’art. 218 s’explique selon moi par le fait que cette disposition vise principalement des actions, et l’art. 215, des omissions. Il n’est pas question de parents qui omettent de « ne pas abandonner » leurs enfants ou de « ne pas les exposer » au risque de mourir ou de subir un préjudice permanent. L’élément essentiel de l’art. 218 réside non pas dans l’omission de l’accusé de faire ce qu’il est légalement tenu de faire (même si l’al. a) de la définition de l’art. 214 tient compte d’une telle situation), mais dans l’accomplissement d’un acte intrinsèquement dangereux, à savoir l’abandon ou l’exposition d’un enfant sans défense au risque qu’il meure ou qu’il subisse un préjudice permanent.

### (3) La doctrine

[118] Enfin, je constate que la doctrine sur l’infraction d’abandon ou d’exposition d’enfant créée à l’art. 218 du *Code* est peu abondante, mais que celle qui existe penche en faveur d’une infraction fondée sur une obligation.

[119] Dans son traité, le professeur Stuart opine que l’infraction d’abandon d’enfant est fondée sur une obligation, bien que celle-ci ne soit pas énoncée dans le texte qui crée l’infraction. Elle fait partie selon lui des [TRADUCTION] « [i]nfractions dont la perpétration peut s’entendre d’une omission, mais qui ne créent pas d’obligation légale d’agir,

Professor Stuart, this category describes two types of offences, the first of which encompasses child abandonment:

The first is where the Code offences refer to a duty without defining it. Examples occur in the case of the offences of permitting an escape by failing to perform “a legal duty” (section 146(a)), committing a common nuisance by failing to discharge “a legal duty” (section 180), and abandoning a child by omitting to take charge of it when under “a legal duty to do so” (sections 214 and 218). [Emphasis added; p. 96.]

[120] As I have explained, narrowing the scope of the offence under s. 218 exclusively to those who have a pre-existing and ongoing duty cannot be supported by the plain text of the provision in light of para. (b) of the s. 214 definition of “abandon” or “expose”. Nonetheless, I would take Professor Stuart as making the more modest point that s. 218 at least in part looks to those with such pre-existing and ongoing duties and, as such, is properly characterized as duty-based.

[121] Likewise, Professor Roach, at pp. 115-16 of his text, explains that although an omission will not generally constitute the *actus reus* of an offence, a failure to act will suffice where an individual has a “specific legal duty to act”. He then includes child abandonment in his list of duty-based offences:

There is a duty to use reasonable care when providing medical treatment or other lawful acts that may endanger the life of others. This duty was breached by a person who donated blood that he knew was infected with HIV. It is also an offence not to use reasonable care in handling explosives; to disobey a court order; to fail to assist a peace officer when requested; to abandon a child; not to obtain assistance in child-birth; to fail to stop when your vehicle is involved in an accident; to neglect animals; and to fail to take steps to protect holes in ice or open excavations. [Footnotes omitted; emphasis added; p. 116.]

de sorte que l’obligation légale en cause doit être trouvée ailleurs que dans la disposition qui crée l’infraction » (p. 96). Deux types d’infractions sont en cause, et le premier englobe l’abandon d’enfant :

[TRADUCTION] En premier lieu, il y a l’infraction prévue par le Code et qui se rapporte à une obligation non définie. Il s’agit par exemple de l’infraction de permettre une évasion en omettant d’accomplir « un devoir légal » (al. 146a)), de celle de commettre une nuisance publique en omettant d’accomplir « une obligation légale » (article 180) et de celle d’abandonner un enfant en omettant d’en prendre soin alors qu’on est « légalement ten[u] de le faire » (articles 214 et 218). [Je souligne; p. 96.]

[120] Comme je l’explique précédemment, limiter l’application de l’art. 218 aux seules personnes ayant une obligation préexistante permanente ne saurait s’appuyer sur le seul texte de la disposition, étant donné l’al. b) de la définition d’« abandonner » ou d’« exposer » de l’art. 214. Le professeur Stuart me semble néanmoins soutenir plus modérément que l’art. 218 vise ces personnes, du moins en partie, et qu’il crée donc effectivement une infraction fondée sur une obligation.

[121] Aussi, le professeur Roach explique que même si une omission ne peut généralement pas constituer l’*actus reus* d’une infraction, l’omission d’agir le peut lorsqu’une personne a une [TRADUCTION] « obligation légale donnée d’agir » (p. 115-116). Il assimile ensuite l’abandon d’enfant à une infraction fondée sur une obligation :

[TRADUCTION] Il y a obligation de faire preuve de diligence raisonnable dans l’administration d’un traitement médical ou dans l’accomplissement d’autres actes légaux susceptibles de mettre la vie d’autrui en danger. Manque à cette obligation la personne qui donne du sang en se sachant atteinte du VIH. Constitue également une infraction le défaut de diligence raisonnable dans la manipulation d’explosifs, la désobéissance à une ordonnance judiciaire, le refus de prêter main-forte à un agent de la paix malgré sa demande, l’abandon d’un enfant, la négligence à se procurer de l’aide lors de la naissance d’un enfant, l’omission d’arrêter son véhicule lors d’un accident auquel on est partie, l’omission de prendre soin d’animaux et l’omission de prendre des mesures pour protéger une ouverture dans la glace ou une excavation accessible. [Notes de bas de page omises; je souligne; p. 116.]

[122] Finally, Manning and Sankoff, at p. 826 of their treatise, take a glum view of s. 218, calling it “entirely superfluous” on the basis that “there does not appear to be a conceivable situation in which abandonment would not also constitute a failure to provide the necessities of life [under s. 215]”. Again, I note that this analysis neglects to take any account of para. (b) of the s. 214 definition of “abandon” or “expose” and I do not comment on their thesis that s. 218 is superfluous. But setting those matters aside, in saying that s. 218 is entirely subsumed by s. 215 — which everyone agrees is a duty-based offence — these authors must be taken as accepting that s. 218 is likewise a duty-based offence.

(4) Conclusion on the Duty-Based Nature of Section 218

[123] To sum up, the plain language of s. 218 — supported by the place of situational duties in Canadian criminal law, the offence’s placement among other duty-based provisions in the *Code* and the scholarship on s. 218 — leads to the conclusion that the offence of child abandonment is duty-based. It is targeted at three distinct groups faced with a situation where a child under 10 is or is likely to be at risk of death or permanent injury: first, by virtue of para. (a) of the s. 214 definition, those with a pre-existing and ongoing duty to take charge of the child; second, by virtue of para. (b), those who “dea[l] with” the child by undertaking positive steps to come to its aid in that situation; and third, again by virtue of para. (b), those who “dea[l] with” the child by placing it in that situation.

[124] With this in mind, I turn again to the wording of s. 218, and particularly the language employed with respect to the consequences, the mental element of which forms the crux of this case:

[122] Enfin, à la p. 826 de leur traité, Manning et Sankoff jettent un regard sombre sur l’art. 218, qu’ils jugent [TRADUCTION] « totalement superflu » en ce qu’« il semble impossible de concevoir une situation où l’abandon ne constituerait pas également une omission de fournir les choses nécessaires à l’existence [suivant l’art. 215] ». Je rappelle que leur analyse ne prend pas du tout en compte l’al. b) de la définition d’« abandonner » ou d’« exposer » de l’art. 214, et je m’abstiens de me prononcer sur la thèse selon laquelle l’art. 218 serait superflu. Toutefois, ces considérations mises à part, comme ils estiment que l’art. 218 est entièrement subsumé sous l’art. 215, qui crée de l’avis de tous une infraction fondée sur une obligation, les auteurs reconnaissent forcément que l’infraction prévue à l’art. 218 est elle aussi fondée sur une obligation.

(4) Conclusion sur la nature de l’art. 218 : une infraction fondée sur une obligation

[123] En résumé, le texte même de l’art. 218, étayé par le rôle des obligations découlant de certaines situations en droit criminel canadien, la présence de cet article parmi d’autres dispositions du *Code* qui créent des infractions fondées sur une obligation et les articles de doctrine portant sur l’art. 218, mène à la conclusion que l’infraction d’abandon d’enfant est fondée sur une obligation. La disposition vise trois catégories de personnes dans la situation où un enfant de moins de 10 ans court ou est susceptible de courir le risque de mourir ou de subir un préjudice permanent. Il s’agit premièrement, suivant l’al. a) de la définition de l’art. 214, de la personne qui a l’obligation préexistante permanente de prendre soin de l’enfant, deuxièmement, suivant l’al. b), de la personne qui, dans cette situation, « trait[e] » l’enfant en prenant une mesure concrète pour lui venir en aide et, troisièmement, toujours suivant l’al. b), de la personne qui « trait[e] » l’enfant en le plaçant dans cette situation.

[124] En gardant cela présent à l’esprit, je reviens au libellé de l’art. 218, en particulier aux termes employés relativement aux conséquences. C’est l’élément moral lié à ces conséquences qui fait l’objet du pourvoi :

**218.** Every one who unlawfully abandons or exposes a child who is under the age of ten years, so that its life is or is likely to be endangered or its health is or is likely to be permanently injured . . .

[125] This language, which we are tasked with interpreting today, is strikingly similar to that which this Court explained in the context of s. 215, the sister provision to s. 218 concerning a failure to provide the necessities of life. As I have already mentioned, this Court held in *Naglik* that the *mens rea* for s. 215 is in relevant part satisfied on an objective basis. In an opinion unanimous on this issue, Lamer C.J., at p. 143, asked rhetorically, “What parts of the offence must be objectively foreseeable?” and then identified the subparagraph in s. 215 that I emphasize below:

(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 . . .

(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 . . .

[126] As is apparent, the relevant language in both provisions is strikingly similar. If s. 218 is duty-based, as I have attempted to show it is, then this should be the end of the matter — there is no basis in principle or precedent for departing from the rule announced in *Naglik*. This Court’s reasoning with respect to s. 215 applies with equal force to s. 218, and it does not stand to reason that the mental element for the risk element of child abandonment is anything other than objective. But if that is not enough, there is more.

**218.** Quiconque illicitement abandonne ou expose un enfant de moins de dix ans, de manière que la vie de cet enfant soit effectivement mise en danger ou exposée à l’être, ou que sa santé soit effectivement compromise de façon permanente ou exposée à l’être . . .

[125] Ce libellé qu’il nous incombe aujourd’hui d’interpréter présente une ressemblance frappante avec celui de l’art. 215, la disposition apparentée qui porte sur l’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence et que la Cour a interprétée dans *Naglik*. Rappelons que, selon la Cour, la *mens rea* requise pour l’application de l’élément pertinent de l’art. 215 doit être établie de manière objective. Dans des motifs unanimes sur ce point, le juge en chef Lamer s’est demandé (p. 143), de manière théorique, « [q]uels éléments de l’infraction doivent être objectivement prévisibles? », et il a conclu qu’il s’agissait de ceux soulignés dans l’extrait suivant du deuxième sous-alinéa de l’art. 215 :

(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 . . .

(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 . . .

[126] De toute évidence, les termes pertinents employés dans les deux dispositions sont d’une ressemblance frappante. Si, comme je tente de le démontrer, l’infraction créée par l’art. 218 est fondée sur une obligation, le débat est clos, car nul principe ou précédent ne justifie de rompre avec la règle énoncée dans *Naglik*. Le raisonnement de la Cour en ce qui concerne l’art. 215 vaut tout autant pour l’art. 218 et il est illogique que l’élément moral requis pour le risque créé par l’abandon d’un enfant ne doive pas être établi de manière objective. Mais ce n’est pas tout, d’autres considérations me confortent cependant dans mon opinion.

D. *The Legislative History Confirms an Objective Standard for the Proscribed Consequences*

[127] The legislative history of s. 218 is traceable to *The Offences against the Person Act, 1861*, 24 & 25 Vict., c. 100. The forerunner to what is now s. 218 is found in s. 27 of that Act, accompanied by the following marginal note: “Exposing Children whereby Life endangered”. The provision, in its relevant part, reads as follows:

27. Whosoever shall unlawfully abandon or expose any child, being under the age of two years, whereby the life of such child shall be endangered, or the health of such child shall have been or shall be likely to be permanently injured, shall be guilty of a misdemeanor . . . .

[128] I have emphasized the word “whereby” which I take to mean “in consequence of” — hardly words one normally associates with subjective foresight. To be sure, this was no oversight. Words such as “knowingly”, “maliciously” and “with intent”, commonly understood as indicating a requirement of subjective *mens rea*, are used throughout the Act.

[129] In 1869, Canada’s Parliament enacted *An Act respecting Offences against the Person*, S.C. 1869, c. 20. Section 26 of that Act tracked the wording of s. 27 of the English statute in all material respects:

26. Whosoever unlawfully abandons or exposes any child being under the age of two years, whereby the life of such child is endangered, or the health of such child has been, or is likely to be permanently injured, is guilty of a misdemeanor . . . .

[130] In 1893, Canada’s first *Criminal Code* came into force (*The Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29). Under the heading “Duties Tending to the Preservation of Life”, Parliament created several duty-based offences. Embedded in them was s. 216, accompanied by the following marginal note: “Abandoning children under two years of age”. Section 216 provided as follows:

D. *L’historique législatif confirme l’application d’une norme objective à l’égard des conséquences prohibées*

[127] On peut faire remonter les origines de l’art. 218 à la loi intitulée *The Offences against the Person Act, 1861*, 24 & 25 Vict., ch. 100, où le précurseur de l’actuel art. 218 se trouve à l’art. 27 et comporte en regard la note marginale suivante : [TRADUCTION] « Exposer un enfant de manière que sa vie soit mise en danger ». Voici l’extrait pertinent de la disposition :

[TRADUCTION]

27. Quiconque abandonne ou expose illégalement un enfant âgé de moins de deux ans, par lequel fait la vie de cet enfant est mise en danger, ou la santé de cet enfant est ou sera vraisemblablement compromise pour toujours, est coupable de délit . . . .

[128] Je souligne les mots [TRADUCTION] « par lequel fait » qui, à mon sens, signifient « de sorte que », les deux expressions n’étant généralement guère associées à la prévisibilité subjective. Ce n’est sûrement pas involontaire. La Loi est truffée de termes comme [TRADUCTION] « sciemment », « de façon malveillante » et « dans l’intention », qui traduisent habituellement l’exigence d’une *mens rea* subjective.

[129] En 1869, le Parlement du Canada a édicté l’*Acte concernant les offenses contre la Personne*, S.C. 1869, ch. 20, dont l’art. 26 reprenait essentiellement le libellé de l’art. 27 de la loi anglaise :

26. Quiconque abandonne ou expose illégalement un enfant âgé de moins de deux ans, par lequel fait la vie de cet enfant est mise en danger, ou la santé de cet enfant a été ou sera vraisemblablement compromise pour toujours, est coupable de délit . . . .

[130] Le premier *Code criminel* du Canada est entré en vigueur en 1893 (*Code criminel, 1892*, S.C. 1892, ch. 29). Le législateur a créé plusieurs infractions fondées sur une obligation sous la rubrique « Devoirs tendant à la conservation de la vie », dont l’art. 216 auquel était accolée la note marginale « Délaisser un enfant âgé de moins de deux ans ». En voici le texte :

**216.** Every one is guilty of an indictable offence and liable to three years' imprisonment who unlawfully abandons or exposes any child under the age of two years, whereby its life is endangered, or its health is permanently injured.

2. The words “abandon” and “expose” include a wilful omission to take charge of the child on the part of a person legally bound to do so, and any mode of dealing with it calculated to leave it exposed to risk without protection.

[131] As is self-evident, the first part of the provision essentially tracks the language of s. 26 of *An Act respecting Offences against the Person*. The second part is new and very much resembles what is now paras. (a) and (b) of the s. 214 definition of “abandon” or “expose” — with one notable exception. The second half of s. 216(2) reads “any mode of dealing with [the child] calculated to leave it exposed to risk without protection”, whereas para. (b) of the s. 214 definition reads “dealing with a child in a manner that is likely to leave that child exposed to risk without protection”. In short, the words “calculated to leave” were replaced by the words “likely to leave”. Though the change may appear highly meaningful to modern eyes, care must be taken not to confuse obsolete and current meanings of those words. As the majority observes, in the 18th and 19th centuries, “calculated to” and “likely to” were synonyms.<sup>2</sup> This change occurred with the adoption of a new *Code (Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, s. 185)* and thus is perhaps best explained as an attempt to update language to reflect current usage. As Professor Sullivan notes, such a statutory revision can serve “to ensure the clarity, consistency and readability” of the revised act, as a result of which “outdated terminology may be modernized” (pp. 653-54). The wording of the provisions creating the offence of abandonment, now ss. 214 and 218, has not been amended since.

<sup>2</sup> This observation is borne out by the French version of the 1892 provision in which the words “calculated to leave” are “*de nature à . . . laisser*”.

**216.** Est coupable d'un acte criminel et passible de trois ans d'emprisonnement, quiconque abandonne ou délaisse illégalement un enfant âgé de moins de deux ans, par lequel fait la vie de cet enfant est mise en danger, ou sa santé est irrémédiablement compromise.

2. Les expressions « abandonner » et « délaisser » comprennent l'omission volontaire de prendre soin d'un enfant de la part d'une personne légalement tenue de le faire, et toute manière de le traiter de nature à le laisser exposé à quelque danger sans protection.

[131] À l'évidence, le premier paragraphe de la disposition reprend essentiellement le texte de l'art. 26 de l'*Acte concernant les offenses contre la Personne*. Le second est nouveau et s'apparente beaucoup aux actuels al. a) et b) de la définition d'« abandonner » ou d'« exposer » de l'art. 214, à une importante exception près. La seconde partie du par. 216(2) renvoie à « toute manière de [. . .] traiter [l'enfant] de nature à le laisser exposé à quelque danger sans protection », et l'actuel al. b) de la définition de l'art. 214, au « fait de traiter un enfant d'une façon pouvant l'exposer à des dangers contre lesquels il n'est pas protégé ». Bref, les mots « pouvant l'exposer » (« *likely to leave* [. . .] *exposed* ») ont remplacé l'expression « de nature à le laisser exposé » (« *calculated to leave* [. . .] *exposed* »). Le changement peut paraître très significatif à nos yeux actuels, surtout en anglais, mais il faut se garder de confondre le sens que ces expressions avaient alors et celui qu'elles ont aujourd'hui. Comme le font remarquer les juges majoritaires, « *calculated to* » et « *likely to* » étaient synonymes aux 18<sup>e</sup> et 19<sup>e</sup> siècles<sup>2</sup>. La mutation a coïncidé avec l'adoption d'une nouvelle version du *Code (Code criminel, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 185)*, et la volonté de moderniser la terminologie employée en constitue sans doute la meilleure explication. La professeure Sullivan fait d'ailleurs observer qu'une telle révision peut avoir pour objet [TRADUCTION] « d'assurer la clarté, l'uniformité et la lisibilité » de la loi en cause, de sorte que « des termes désuets soient remplacés » (p. 653-654). Le libellé des dispositions criminalisant l'abandon, soit les actuels art. 214 et 218, n'a pas été modifié depuis.

<sup>2</sup> Ce que confirme le texte français de la disposition de 1892 où « de nature à [. . .] laisser » correspond à « *calculated to leave* ».

[132] The plain language of the provision aside, early judicial interpretations of the child abandonment provision can be helpful in interpreting the modern-day s. 218. In the leading English authority of *R. v. White* (1871), L.R. 1 C.C.R. 311, a father failed to take custody of his nine-month-old child. The child was left on the road in front of the father's home by his estranged wife, who demanded that he take the child. The father was charged and convicted under s. 27 of *The Offences against the Person Act, 1861*, and the conviction was upheld on appeal.

[133] The *White* decision makes no mention of subjective *mens rea* as being required to make out the offence of abandonment. Indeed, it suggests the opposite, as evidenced by the following passage from Chief Justice Bovill's opinion, to which the remaining four justices subscribed:

Instead of protecting and providing for the child, as it was his duty to do, [the father] allowed it to remain lying, first at his door, and afterwards in the road, insufficiently clothed, and at a time of year when the result was likely to be the child's death. [Emphasis added; p. 313.]

In my view, the language used by Bovill C.J. is the language of objective foreseeability (death was the likely result) and not the language of subjective foreseeability (he *knew* that death was likely to result).

[134] I acknowledge that in a separate opinion written by Blackburn J., language is used from which one might conclude that he viewed the crime of abandonment as requiring subjective foresight:

... upon [the father] there is a strict legal duty to protect the child. And when the child is left in a position of danger of which he knows, and from which he has full power to remove it, and he neglects his duty of protection, and lets the child remain in danger, I think this is an exposure and abandonment by him. [p. 314]

I do not read that passage as indicating that subjective foresight is required to make out the offence

[132] Outre le texte même de la disposition, ses premières interprétations judiciaires peuvent contribuer à l'interprétation de l'actuel art. 218. L'arrêt de principe britannique *R. c. White* (1871), L.R. 1 C.C.R. 311, a été rendu dans une affaire où un père avait omis d'assumer la garde de son enfant de neuf mois que son épouse, dont il était séparé, avait laissé sur la route devant chez lui en lui enjoignant de s'en occuper. Le père a été accusé puis déclaré coupable sous le régime de l'art. 27 de la loi intitulée *The Offences against the Person Act, 1861*, et la déclaration de culpabilité a été confirmée en appel.

[133] L'arrêt *White* ne mentionne pas que la *mens rea* doit être subjective pour établir la perpétration de l'infraction d'abandon. Il donne plutôt à penser le contraire, comme en témoigne l'extrait suivant de l'opinion du juge en chef Bovill, à laquelle souscrivent les quatre autres juges :

[TRADUCTION] Au lieu de protéger l'enfant et de répondre à ses besoins comme il était tenu de le faire, [le père] l'a laissé par terre, d'abord à sa porte, puis sur la voie publique, insuffisamment vêtu, à un moment de l'année où la mort de l'enfant aurait pu en résulter. [Je souligne; p. 313.]

Les termes employés par le juge en chef Bovill militent selon moi en faveur de la prévisibilité objective (la mort aurait pu en résulter), et non de la prévision subjective (*savait* que la mort pourrait en résulter).

[134] Je reconnais que, dans une opinion distincte, le juge Blackburn s'exprime d'une manière qui laisse entendre que, aux fins de l'infraction d'abandon, il doit y avoir prévision subjective :

[TRADUCTION] ... la loi impose [au père] l'obligation stricte de protéger l'enfant. Lorsque celui-ci est laissé dans une situation dangereuse, alors que le père le sait et qu'il est pleinement en mesure d'écarter le danger, et qu'il manque à son obligation de protéger l'enfant et le laisse exposé au danger, je crois qu'il y a de sa part délaissement et abandon. [p. 314]

Je ne conclus pas de cet extrait qu'il doit y avoir prévision subjective pour qu'il y ait abandon. En fait,

of abandonment. Rather, on Justice Blackburn's assessment of the facts, the father clearly knew that the child's life was imperilled and yet did nothing about it. I would not, and do not, suggest that a person who in fact subjectively foresees a risk of death or permanent injury to the child cannot be convicted under s. 218. But that is different from holding that subjective foreseeability is an essential ingredient of the crime. Where an offence is satisfied — at a minimum — on an objective standard, subjective proof will obviously suffice to sustain a conviction. See *R. v. Beatty*, 2008 SCC 5, [2008] 1 S.C.R. 49, at para. 47; *R. v. Roy*, 2012 SCC 26, [2012] 2 S.C.R. 60, at para. 38.

[135] To conclude on this point, the fact that the provision contains no words that can be read as requiring subjective foresight of the proscribed consequences is significant. As mentioned, the words “calculated to leave” were removed in the 1953-54 *Criminal Code* and replaced by the words “likely to leave”. At the same time, the age of protected children was raised from two years to ten years and the word “whereby” was replaced with the synonymous words “so that”. If Parliament had wanted to make it clear that subjective foreseeability was the requisite fault element, it could have done so when revising the language of the provision by using the words “knowing that” instead of “so that” in s. 218 and by changing the words “calculated to leave” to “he knows is or is likely to leave” in para. (b) of the s. 214 definition. As Professor Sullivan notes, “[i]t is presumed that in so far as possible legislatures will adopt a simple, straightforward and concise way of expressing themselves” (p. 207). But instead of making what would have been a straightforward change, Parliament preserved the original meaning of the provision which, as I have attempted to show, was understood as requiring objective, not subjective, foreseeability of the prohibited consequences.

suivant l'appréciation des faits du juge Blackburn, le père savait clairement que la vie de l'enfant était en danger, mais n'a rien fait. Je n'irais pas jusqu'à dire — et je ne dis pas — qu'on ne peut déclarer coupable de l'infraction prévue à l'art. 218 la personne qui, de fait, prévoit subjectivement le risque que l'enfant meure ou subisse un préjudice permanent. Ce n'est toutefois pas la même chose que de tenir la prévision subjective pour un élément essentiel de l'infraction. Lorsque la perpétration de l'infraction est établie, suivant une norme objective à tout le moins, la preuve d'une *mens rea* subjective suffit à justifier une déclaration de culpabilité. Voir *R. c. Beatty*, 2008 CSC 5, [2008] 1 R.C.S. 49, par. 47; *R. c. Roy*, 2012 CSC 26, [2012] 2 R.C.S. 60, par. 38.

[135] Pour conclure sur ce point, il est révélateur que la disposition ne renferme pas de termes susceptibles d'indiquer que la prévisibilité des conséquences prohibées doit être appréciée subjectivement. Comme je le mentionne précédemment, l'expression « de nature à le laisser exposé » a été remplacée dans le *Code criminel* de 1953-1954 par les mots « pouvant l'exposer ». Par ailleurs, l'âge de l'enfant protégé est passé de deux à dix ans, et à l'expression « par lequel fait » a succédé l'expression équivalente « de manière que ». Si le législateur avait voulu préciser que l'élément de faute requis résidait dans la prévision subjective, il aurait pu le faire lors de la révision du texte de la disposition en substituant les mots « sachant que » à l'expression « de manière que » employée à l'art. 218, et en remplaçant « de nature à le laisser exposé » par « qu'il sait l'exposer ou susceptible de l'exposer » à l'al. b) de la définition de l'art. 214. Comme le signale la professeure Sullivan, [TRADUCTION] « [o]n présume que le législateur s'exprime le plus possible de façon simple, directe et concise » (p. 207). Or, au lieu de recourir à ce qui aurait constitué une modification assez simple, le législateur a conservé la portée initiale de la disposition dont on considérait, comme je tente de le démontrer, qu'elle exigeait la prévisibilité objective, et non la prévision subjective, des conséquences prohibées.

E. *The Social Stigma and Gravity of the Offence Support an Objective Standard for the Proscribed Consequences*

[136] I touch, finally, on two other factors that support the conclusion that the fault element for s. 218 is penal negligence: the social stigma attached to the crime of child abandonment and the gravity of the crime. As McLachlin J., for the majority, observed in *Creighton*, at p. 46, the *mens rea* of an offence should reflect the gravity of the crime. Both the social stigma associated with its commission and the penalty provided by Parliament afford a measure of that gravity.

[137] The social stigma associated with the offence of child abandonment cannot — and in my view should not — be treated differently than the social stigma associated with its sister provision s. 215 (failure to provide necessaries) where penal negligence was found to be the requisite fault element. Indeed, as I noted earlier, in their treatise, at p. 826, Manning and Sankoff write that the offence of child abandonment is “entirely superfluous” given its overlap with the offence of failing to provide the necessaries of life under s. 215 of the *Code*:

Given that the “necessaries of life” include shelter and protection from harm, there does not appear to be a conceivable situation in which abandonment would not also constitute a failure to provide the necessaries of life.

[138] Whether that statement is entirely accurate or not, it leads me to conclude that ss. 215 and 218 should be ranked equally on the social stigma scale. They certainly rank equally in terms of their gravity. Both offences are punishable by a maximum penalty of five years’ imprisonment (if the Crown proceeds by way of indictment) and 18 months’ imprisonment (if the Crown proceeds by way of summary conviction).

[139] Put differently, if Parliament had intended to build subjective foreseeability into s. 218,

E. *La stigmatisation sociale liée à l’infraction et la gravité de celle-ci militent en faveur de la prévisibilité objective des conséquences prohibées*

[136] J’aborde enfin deux autres considérations qui étayent la conclusion que la négligence pénale constitue l’élément de faute requis pour l’application de l’art. 218 : la stigmatisation sociale résultant de l’infraction d’abandon d’enfant et la gravité du crime. Comme le fait observer la juge McLachlin au nom des juges majoritaires dans *Creighton*, p. 46, la *mens rea* d’une infraction doit en refléter la gravité. La stigmatisation sociale et la peine encourue donnent une idée de la gravité de l’infraction.

[137] La stigmatisation sociale qui est associée à l’abandon d’enfant ne peut être considérée — et, à mon avis, elle ne le doit pas — différemment de celle qui résulte de l’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence (l’infraction visée par la disposition apparentée qu’est l’art. 215) lorsque la négligence pénale est tenue pour l’élément de faute requis. En effet, comme je le mentionne précédemment, Manning et Sankoff affirment à la p. 826 de leur traité que l’infraction d’abandon d’enfant est [TRADUCTION] « totalement superflue » étant donné son chevauchement avec celle que constitue l’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence et que prévoit l’art. 215 du *Code* :

[TRADUCTION] Puisque les « choses nécessaires à l’existence » englobent le toit et la protection contre les préjudices, il semble impossible de concevoir une situation où l’abandon ne constituerait pas également une omission de fournir les choses nécessaires à l’existence.

[138] Qu’ils aient entièrement raison ou non, ces auteurs m’incitent à conclure que les art. 215 et 218 doivent être considérés sur un pied d’égalité au regard de la stigmatisation sociale. Ils le sont certainement pour ce qui est de la gravité. Les deux infractions sont punissables d’un emprisonnement maximal de cinq ans (par voie de mise en accusation) et de 18 mois (par voie de procédure sommaire).

[139] Autrement dit, si le législateur avait voulu intégrer à l’art. 218 une norme de prévisibilité

the degree of moral blameworthiness would necessarily be higher than that required to sustain a conviction under s. 215, which requires only objective foreseeability. If that were the case, one could reasonably expect, in my view, that the higher level of moral culpability would be reflected by a more severe punishment. But this is not so.<sup>3</sup> And that leads me to conclude that the two provisions encompass the same degree of blameworthiness and thus require the same degree of mental fault.

[140] Finally, without wishing to minimize the nature and severity of the punishments available under ss. 215 and 218, they are significantly removed from other crimes which this Court has held to be crimes involving objective foresight, including manslaughter and certain instances of dangerous driving causing death — both of which attract maximum punishments of life imprisonment.

#### F. *The Remaining Elements of the Offence*

[141] As explained earlier, there are three distinct elements to the offence of child abandonment: the act (abandonment or exposure), the circumstances (a child under 10), and the consequences (the risk of harm to the child). The focus of my analysis thus far has been the third element. I turn now to the first and second elements, taking each in turn.

##### (1) “Abandon” or “Expose” — And the “Wilful” Red Herring

[142] Although there are no words of subjective intent in s. 218, the word “wilful” is used in para. (a) of the s. 214 definition of “abandon” or “expose” to modify the word “omission”. Much of the focus on the word, unfortunately, has served as a red herring, distracting from its actual function in the language of s. 218. Whatever meaning attaches to “wilful”,

<sup>3</sup> *An Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act*, S.C. 2005, c. 32, ss. 11 and 12, had the effect of harmonizing the available sentences under ss. 215 and 218.

subjective, le degré de culpabilité morale serait forcément plus élevé que celui requis pour justifier une déclaration de culpabilité sous le régime de l’art. 215, pour lequel la prévisibilité doit seulement être objective. Si telle était l’intention du législateur, on pourrait à bon droit s’attendre, selon moi, à ce qu’une peine plus sévère reflète la culpabilité morale accrue. Mais il n’en est rien<sup>3</sup>. J’en conclus que les deux infractions comportent le même degré de culpabilité morale et que leur perpétration exige donc le même degré de faute morale.

[140] Enfin, sans vouloir minimiser la nature et la sévérité des peines prévues aux art. 215 et 218, les infractions créées par ces articles sont loin d’être comparables à celles dont la Cour a statué qu’elles supposaient une prévisibilité objective, dont l’homicide involontaire coupable et certains cas de conduite dangereuse causant la mort, lesquels rendent passible d’une peine maximale d’emprisonnement à perpétuité.

#### F. *Les autres éléments de l’infraction*

[141] Rappelons que l’infraction d’abandon d’enfant comporte trois éléments distincts : l’acte (l’abandon ou l’exposition), les circonstances (un enfant de moins de 10 ans) et les conséquences (le risque qu’un préjudice soit infligé à l’enfant). Mon analyse s’est attachée jusqu’à présent au troisième élément, et je passe maintenant aux premier et deuxième éléments, que j’examine successivement.

##### (1) La définition d’« abandonner » ou d’« exposer » et la diversion causée par l’emploi du mot « volontaire »

[142] Bien que l’art. 218 ne renferme aucun terme qui soit de nature à rendre l’intention subjective, à l’al. a) de la définition d’« abandonner » ou d’« exposer » de l’art. 214, l’adjectif « volontaire » qualifie le mot « omission ». Hélas, l’intérêt porté à l’emploi de cet adjectif a en grande partie détourné l’attention de la fonction réelle ce mot

<sup>3</sup> *La Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d’autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, L.C. 2005, ch. 32, art. 11 et 12, a eu pour effet d’harmoniser les peines prévues aux art. 215 et 218.

it speaks to the interpretation to be given to the act in the first element of the offence (abandoning or exposing). It offers little, if any, assistance in interpreting the third element (risk to the child).

[143] As far back as 1898, in the case of *R. v. Senior*, [1899] 1 Q.B. 283, Lord Russell of Killowen C.J. considered the meaning of the word “wilfully” in s. 1 of the *Prevention of Cruelty to Children Act, 1894*, 57 & 58 Vict., c. 41, which among other things, made it an offence to “wilfully” assault, ill-treat, neglect, abandon or expose a child under the age of 16 “in a manner likely to cause such child unnecessary suffering, or injury to its health”. At pp. 290-91, the Chief Justice stated:

Whether the words in the statute, “wilfully neglects,” are taken together, or, as the learned judge did in directing the jury, are taken separately, the meaning is very clear. “Wilfully” means that the act is done deliberately and intentionally, not by accident or inadvertence, but so that the mind of the person who does the act goes with it. [Emphasis added.]

[144] Modern-day authorities have accepted that the word “wilful” may be used to indicate a voluntary or deliberate act, one that the mind “goes with”. See, e.g., *R. v. Buzzanga* (1979), 25 O.R. (2d) 705 (C.A.), at pp. 715-17; *R. v. L.B.*, 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365, at paras. 108-9, leave to appeal refused, [2011] 3 S.C.R. x; and Manning and Sankoff, at pp. 149-50.

[145] In my view, a fair reading of the provision establishes that the word “wilful” in s. 214 does not connote an intention to bring about the proscribed consequences identified in s. 218. Rather, it modifies “omission” in para. (a) of the definition of “abandon” or “expose” and connotes, as Lord Russell C.J. described it, an act “done deliberately and intentionally, not by accident or inadvertence”.

dans le texte de l’art. 218. Quel que soit le sens du mot « volontaire », il joue dans l’interprétation du premier élément de l’infraction (l’abandon ou l’exposition). Il a peu d’utilité, à supposer même qu’il en ait, pour interpréter le troisième élément (le risque pour l’enfant).

[143] Dès 1898, dans l’arrêt *R. c. Senior*, [1899] 1 Q.B. 283, le juge en chef lord Russell de Killowen s’est penché sur le sens du mot « *wilfully* » (en français, « volontairement ») employé à l’art. 1 de la *Prevention of Cruelty to Children Act, 1894*, 57 & 58 Vict., ch. 41, qui, entre autres, criminalisait le fait d’agresser, de maltraiter, de négliger, d’abandonner ou d’exposer [TRADUCTION] « volontairement » un enfant de moins de 16 ans « d’une manière pouvant lui causer des souffrances inutiles ou compromettre sa santé ». Le juge en chef a affirmé ce qui suit aux p. 290-291 :

[TRADUCTION] Qu’on les considère de pair ou, conformément aux directives du savant juge au jury, qu’on les considère séparément, les mots « négliger volontairement » employés dans la loi ont un sens très clair. L’adverbe « volontairement » veut que l’acte soit commis délibérément et intentionnellement, et non accidentellement ou par inadvertance, de sorte que l’acte « s’accompagne » de l’état d’esprit correspondant. [Je souligne.]

[144] Les tribunaux et les auteurs reconnaissent de nos jours que le mot « *wilful* » (en français, « volontaire ») peut être utilisé pour désigner un acte voulu ou délibéré, un acte qui [TRADUCTION] « s’accompagne » de l’état d’esprit correspondant. Voir, p. ex., *R. c. Buzzanga* (1979), 25 O.R. (2d) 705 (C.A.), p. 715-717; *R. c. L.B.*, 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365, par. 108-109, autorisation d’appel refusée, [2011] 3 R.C.S. x; Manning et Sankoff, p. 149-150.

[145] À mon avis, il appert de la juste interprétation de l’art. 214 que le mot « volontaire » qui y est employé ne renvoie pas à l’intention de faire survenir les conséquences prohibées à l’art. 218. Il qualifie plutôt l’« omission » visée à l’al. a) de la définition d’« abandonner » ou d’« exposer », de sorte que l’on réprime un acte [TRADUCTION] « commis délibérément et intentionnellement, et non accidentellement ou par inadvertance », pour reprendre les propos du juge en chef lord Russell.

[146] To put the matter in more contemporary terms, basic intent or voluntariness is all that is required to satisfy the minimum mental element for the act of abandonment or exposure. That conclusion sits independently from — and is entirely harmonious with — the separate conclusion that penal negligence is the proper mental standard for the third element in s. 218. It would be a mistake to confuse the two.

(2) The Age of the Child

[147] Lastly, I turn to the second element of the offence, the age of the child. This element was not an issue in this appeal, as it was self-evident and undisputed that A.D.H.'s newborn baby was under the age of 10. Nevertheless, mindful that the age of the child is a question of circumstances and not consequences of the offence, and absent any indicators that Parliament intended an objective standard for this element, I would be inclined to hold that this element should be established on the basis of subjective fault. However, as this matter is not before us, I need not say more about it.

G. *Some Thoughts on Intoxication as a Defence*

[148] Earlier in these reasons, I voiced my concern that an interpretation of s. 218 that requires subjective foresight of consequences would provide a defence to the errant parent or irresponsible caregiver who, by virtue of intoxication, could not or did not foresee the likely consequences of his or her dangerous conduct. While it is true that none of the parties raised this point in their arguments, I believe that the ramifications that flow from interpreting a statutory provision in one way or another are a necessary part of the overall contextual analysis with which we are engaged. That context cannot — and should not — be overlooked on the basis that a relevant issue does not arise on the facts of a particular case.

[149] The majority concludes that s. 218 is a “general intent” offence (para. 16). I would have thought, however, that this Court’s decision in

[146] Pour employer des termes plus contemporains, l’intention fondamentale ou le caractère volontaire suffisent pour établir l’élément moral minimal de l’infraction d’abandon ou d’exposition. Cette conclusion est indépendante de celle voulant que la norme de la négligence pénale s’applique au troisième élément constitutif de l’art. 218, et s’harmonise parfaitement avec elle. Ce serait une erreur que de confondre les deux.

(2) L’âge de l’enfant

[147] Enfin, je passe à la deuxième composante de l’infraction, l’âge de l’enfant, lequel ne fait pas l’objet du litige, étant manifeste et les parties reconnaissant que le nouveau-né d’A.D.H. avait moins de 10 ans. Néanmoins, dans la mesure où l’âge de l’enfant correspond aux circonstances de l’infraction, et non à ses conséquences, et vu l’absence d’indice que le législateur a voulu assujettir cette composante à une norme de preuve objective, j’aurais tendance à conclure qu’il faut établir la faute s’y rapportant de manière subjective. Toutefois, comme la Cour n’a pas à se prononcer sur ce point, je n’en dis pas davantage.

G. *Quelques réflexions sur l’intoxication comme moyen de défense*

[148] Comme je l’indique précédemment, je crains qu’une interprétation de l’art. 218 exigeant la prévision subjective des conséquences n’offre un moyen de défense au parent fautif ou au gardien irresponsable qui, à cause de son intoxication, ne pouvait prévoir ou n’a pas prévu les conséquences possibles de sa conduite dangereuse. Bien qu’aucune partie ne soulève ce point dans son argumentation, je crois que les répercussions de l’une ou l’autre des interprétations d’une disposition législative font nécessairement partie de l’analyse contextuelle globale à laquelle nous nous livrons. On ne peut — et on ne doit pas — en faire abstraction au motif que les faits d’une affaire ne s’y prêtent pas.

[149] Les juges majoritaires concluent que l’art. 218 prévoit une infraction d’« intention générale » (par. 16). J’aurais pourtant cru que

*Hinchey* has pointed us beyond the binary fiction of specific versus general intent offences.<sup>4</sup> This case underscores the merit of that approach because the nub of the difficulty is that s. 218, whether under the majority's approach or mine, does not — indeed, it cannot — fit neatly into either the general or specific intent boxes. To attempt to do so is to do what courts have for too long done — broad-brush offences in a way that at once over-generalizes and over-simplifies.

[150] The majority's invocation of *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63, and s. 33.1 of the *Code* is no answer to the concerns I raise. First, *Daviault* speaks only to the basic intent or voluntariness needed to commit an intentional act — what Cory J. described as “the minimal mental element required for a general intent offence” (p. 87 (emphasis added)). Our later decision in *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523, confirms that a so-called *Daviault* defence of “extreme intoxication” relates only to intoxication which “negates voluntariness and thus is a complete defence to criminal responsibility” (para. 43 (emphasis added)). *Daviault* thus says nothing about whether intoxication short of automatism could raise a reasonable doubt about an accused's subjective foresight of consequences, as the majority requires of s. 218.

l'arrêt *Hinchey* nous avait fait dépasser la logique binaire voulant que les infractions soient d'intention spécifique ou d'intention générale<sup>4</sup>. La présente affaire fait ressortir la justesse de l'approche de la Cour dans cet arrêt, car la difficulté tient essentiellement à ce que l'infraction créée à l'art. 218, que l'on adhère à la thèse des juges majoritaires ou à la mienne, ne s'insère pas — et ne peut en fait s'insérer — parfaitement dans la catégorie des infractions d'intention générale ni dans celle des infractions d'intention spécifique. Tenter de l'insérer dans l'une ou l'autre des catégories revient à faire ce que les tribunaux font depuis trop longtemps : qualifier l'infraction en péchant par excès de généralisation et de simplification.

[150] Le renvoi des juges majoritaires à l'arrêt *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63, et à l'art. 33.1 du *Code* n'apaise pas mes craintes. D'abord, *Daviault* ne porte que sur l'intention fondamentale ou le caractère volontaire nécessaire pour que l'acte soit intentionnel, ce que le juge Cory qualifie d'« élément moral minimal requis par l'infraction d'intention générale » (p. 87 (je souligne)). L'arrêt *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523, rendu subséquemment, confirme que l'« intoxication extrême » reconnue comme moyen de défense dans *Daviault* s'entend seulement de celle qui « exclut tout caractère volontaire et qui, de ce fait, constitue un moyen de défense exonérant totalement de toute responsabilité criminelle » (par. 43 (je souligne)). Dans *Daviault*, la Cour ne se prononce donc pas sur la question de savoir si l'intoxication sans automatisme peut soulever un doute raisonnable quant à la prévision subjective des conséquences par l'accusé, le critère d'application de l'art. 218 selon les juges majoritaires.

4 More than three decades ago, dissenting in *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29, Dickson J. (as he then was) recognized that the specific-general intent dichotomy has bewildered the bench and bar ever since it was brought to our shores by this Court's decision in *R. v. George*, [1960] S.C.R. 871. The difficulty, as Dickson J. put it, was that “there are not, and have never been, any legally adequate criteria for distinguishing the one group of crimes from the other” (p. 40). In comments that I believe align well with *Hinchey*, Dickson J. counseled moving beyond labels that are “neither meaningful nor intelligible” to an analysis of the actual “mental element[s] which must be established by the Crown” (pp. 42-43).

4 Il y a plus de trente ans, dans *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), dissident, reconnaissait que la dichotomie entre intention spécifique et intention générale confondait juges et avocats depuis son introduction au Canada dans l'arrêt *R. c. George*, [1960] R.C.S. 871. Selon lui, la difficulté résidait dans le fait qu'« il n'existe pas, et [qu']il n'a jamais existé, de critère juridique approprié pour distinguer un type de crimes de l'autre » (p. 40). Dans des commentaires qui s'accordent bien avec *Hinchey*, il recommande de ne pas s'arrêter aux étiquettes, qui sont « à la fois dénuée[s] de sens et inintelligible[s] », et de s'attacher aux « élément[s] menta[ux] que le ministère public doit [effectivement] prouver » (p. 42-43).

[151] Second, s. 33.1 of the *Code*, if it is applicable to s. 218, provides a statutory override of a *Daviault* defence — but only to the extent that the accused “lacked the general intent or the voluntariness required to commit the offence”. Assuming for the sake of argument that s. 33.1 does apply to s. 218, it says nothing about intoxication as a defence in relation to the subjective foresight of consequences. As I have said, *Daviault* was only concerned with the basic intent or voluntariness required for an intentional act. Thus, whether s. 33.1 does or does not apply to s. 218 is, in my respectful view, irrelevant.

#### H. Conclusion

[152] Section 218 is child protection legislation. It targets three limited classes of people faced with a situation where a child under 10 is or is likely to be at risk of death or permanent injury. A review of the provision’s language, its legislative evolution and history, the gravity of the crime and the social stigma associated with it confirm that the offence is duty-based and that penal negligence is the level of fault required to establish guilt as regards the proscribed consequences.

[153] Having so concluded, I hasten to point out that penal negligence involves a very real level of fault. This is emphatically not a matter of punishing the “morally blameless”. And while it may not reach the level of subjective fault in respect of each and every element of a particular crime, it does not punish people for acts of simple negligence. As Charron J. observed in *Beatty*, at para. 34:

If every departure from the civil norm is to be criminalized, regardless of the degree, we risk casting the net too widely and branding as criminals persons who are in reality not morally blameworthy.

For that reason, an objective test “requires proof of a *marked departure* from the standard of care

[151] Deuxièmement, si l’art. 33.1 du *Code* s’applique à l’art. 218, il a pour effet d’écarter le moyen de défense reconnu dans *Daviault*, mais seulement dans la mesure où l’accusé « n’avait pas l’intention générale ou la volonté requise pour la perpétration de l’infraction ». À supposer, aux fins du débat, que l’art. 33.1 s’applique bel et bien à l’art. 218, il ne nous apprend rien sur l’interaction entre l’intoxication comme moyen de défense et la prévision subjective des conséquences. Je le rappelle, *Daviault* n’intéresse que l’intention fondamentale ou le caractère volontaire requis pour commettre un acte intentionnel. J’estime donc, en toute déférence, qu’il importe peu de savoir si l’art. 33.1 s’applique ou non à l’art. 218.

#### H. Conclusion

[152] L’article 218 a pour objet la protection des enfants. Il vise trois catégories de personnes dans la situation où un enfant de moins de 10 ans court ou est susceptible de courir le risque de mourir ou de subir un préjudice permanent. Il appert de l’examen du libellé de la disposition, de son évolution, de son historique, de la gravité du crime et de la stigmatisation sociale qui y est associée que l’infraction repose sur une obligation et que la négligence pénale correspond au degré de faute requis pour établir la culpabilité à l’égard des conséquences prohibées.

[153] Au vu de cette conclusion, je m’empresse d’ajouter que la négligence pénale suppose une faute bien réelle et qu’il ne s’agit pas du tout de punir la personne « moralement innocente ». Même si cette norme peut être moins stricte que celle de la faute subjective quant à chacun des éléments du crime, elle n’a pas pour effet de punir une personne qui commet une simple négligence. Comme l’affirme la juge Charron dans *Beatty*, par. 34 :

S’il faut considérer comme une infraction criminelle chaque écart par rapport à la norme civile, quelle qu’en soit la gravité, on risque de ratisser trop large et de qualifier de criminelles des personnes qui en réalité ne sont pas moralement blâmables.

C’est pourquoi le critère objectif « exige la preuve d’un *écart marqué* par rapport à la norme de diligence

that a reasonable person would observe in all the circumstances”: *ibid.*, at para. 36 (emphasis in original).

[154] Nor does an objective standard punish those who act under an honest but mistaken belief that their conduct is not dangerous in the circumstances — so long as the belief is reasonably held. Justice Charron put the matter succinctly in *Beatty*, at paras. 37-38:

However, because the accused’s mental state is relevant in a criminal setting, the objective test must be modified to give the accused the benefit of any reasonable doubt about whether the reasonable person would have appreciated the risk or could and would have done something to avoid creating the danger. . . .

. . . In the same vein, a reasonably held mistake of fact may provide a complete defence if, based on the accused’s reasonable perception of the facts, the conduct measured up to the requisite standard of care.

[155] What the test does not do is take into account the personal attributes of the accused, short of incapacity to appreciate the risk. Nor will it allow people who are drunk or high on drugs to escape liability on the basis that they were not capable of foreseeing, or did not foresee, the likely consequences of their actions. That, with respect, is how it should be. And the circumstances of this case serve to exemplify how the penal negligence standard works to spare the morally blameless from criminal liability.

### III. Application to the Facts

[156] The trial judge found that the respondent, A.D.H., honestly believed that her child was dead at birth. In so concluding, he accepted that the birth was precipitous and the baby was born premature. He also accepted that A.D.H. was confused and frightened at the time and that the baby, after birth, was blue and motionless. The trial judge found objective support for A.D.H.’s belief in the evidence

que respecterait une personne raisonnable dans les circonstances » : *ibid.*, par. 36 (en italique dans l’original).

[154] Une norme objective n’a pas non plus pour effet de punir la personne qui agit en croyant de bonne foi, mais à tort, que sa conduite n’est pas dangereuse dans les circonstances, à condition que sa croyance soit raisonnable. Toujours dans *Beatty*, la juge Charron fait la synthèse suivante aux par. 37-38 :

Toutefois, comme l’état mental de l’accusé est pertinent dans une affaire criminelle, il faut modifier le critère objectif pour accorder à l’accusé le bénéfice de tout doute raisonnable relatif à la question de savoir si une personne raisonnable aurait apprécié le risque ou encore aurait pu faire quelque chose pour éviter de créer le danger et l’aurait fait. . . .

. . . Dans le même ordre d’idées, une erreur de fait raisonnable peut constituer un moyen de défense suffisant si, compte tenu de la perception raisonnable des faits par l’accusé, son comportement était conforme à la norme de diligence requise.

[155] Ce que le critère écarte c’est la prise en compte des caractéristiques personnelles de l’accusé, hormis son incapacité à prendre conscience du risque. Son application ne permet pas non plus à une personne en état d’ivresse ou d’intoxication d’échapper à toute responsabilité au motif qu’elle n’était pas en mesure de prévoir, ou qu’elle n’a pas prévu, les conséquences probables de ses actes. En toute déférence, il devrait en être ainsi. L’application de la norme de la négligence pénale aux faits de l’espèce montre comment elle peut soustraire la personne moralement innocente à la responsabilité criminelle.

### III. Application aux faits

[156] Le juge du procès a conclu que l’intimée, A.D.H., croyait sincèrement son enfant mort-né. Pour ce faire, il a admis le caractère précipité et prématuré de la naissance. Il a également tenu pour avérées la stupéfaction et la frayeur d’A.D.H. au moment des faits, ainsi que la couleur bleue du nouveau-né et son immobilité. À son avis, le témoignage du D<sup>r</sup> Simpson et ceux d’autres

of Dr. Simpson and that of various bystanders who likewise believed the child was dead (2009 SKQB 261, 335 Sask. R. 173).

[157] Based on the trial judge's findings of fact, Ottenbreit J.A. concluded that A.D.H. was entitled to be acquitted. In his view, her belief that the child was dead at birth "was not only honestly held but reasonable in the context of the situation" (2011 SKCA 6, 366 Sask. R. 123, at para. 38). I agree.

[158] In all the circumstances, A.D.H.'s conduct in abandoning her child and leaving him exposed to the risk of death or permanent injury was not morally blameworthy. As such, she was entitled to be acquitted.

[159] Accordingly, I would dismiss the appeal.

#### APPENDIX

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

**214.** In this Part,

"abandon" or "expose" includes

(a) a wilful omission to take charge of a child by a person who is under a legal duty to do so, and

(b) dealing with a child in a manner that is likely to leave that child exposed to risk without protection;

. . .

**215.** (1) [Duty of persons to provide necessities] 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;

(b) to provide necessities of life to their spouse or common-law partner; and

personnes qui avaient elles aussi cru l'enfant mort étaient objectivement la croyance d'A.D.H. (2009 SKQB 261, 335 Sask. R. 173).

[157] À partir des conclusions de fait du juge du procès, le juge Ottenbreit, de la Cour d'appel, a conclu qu'A.D.H. devait être acquittée. Selon lui, elle croyait [TRADUCTION] « non seulement de bonne foi, mais aussi de manière raisonnable dans les circonstances » (2011 SKCA 6, 366 Sask. R. 123, par. 38), avoir donné naissance à un enfant mort-né. Je suis du même avis.

[158] Compte tenu de l'ensemble des circonstances, le fait qu'A.D.H. a abandonné son enfant et l'a exposé au risque de mourir ou de subir un préjudice permanent n'était pas moralement blâmable. Elle avait donc droit à l'acquiescement.

[159] Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

#### ANNEXE

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46

**214.** Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

« abandonner » ou « exposer » S'entend notamment :

a) de l'omission volontaire, par une personne légalement tenue de le faire, de prendre soin d'un enfant;

b) du fait de traiter un enfant d'une façon pouvant l'exposer à des dangers contre lesquels il n'est pas protégé.

. . .

**215.** (1) [Devoir de fournir les choses nécessaires à l'existence] Toute personne est légalement tenue :

a) en qualité de père ou de 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) de fournir les choses nécessaires à l'existence de son époux ou conjoint de fait;

- (c) to provide necessaries of life to a person under his charge if that person
- (i) is unable, by reason of detention, age, illness, mental disorder or other cause, to withdraw himself from that charge, and
- (ii) is unable to provide himself with necessaries of life.
- (2) [Offence] 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 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.
- (3) [Punishment] Every one who commits an offence under subsection (2)
- (a) is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years; or
- (b) is guilty of an offence punishable on summary conviction and liable to imprisonment for a term not exceeding eighteen months.
- (4) [Presumptions] For the purpose of proceedings under this section,
- (a) [Repealed, 2000, c. 12, s. 93]
- (b) evidence that a person has in any way recognized a child as being his child is, in the absence of any evidence to the contrary, proof that the child is his child;
- 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, de troubles mentaux, ou pour une autre cause, de se soustraire à cette charge,
- (ii) de pourvoir aux choses nécessaires à sa propre existence.
- (2) [Infraction] 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 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) [Peine] Quiconque commet une infraction visée au paragraphe (2) est coupable :
- a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;
- b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'un emprisonnement maximal de dix-huit mois.
- (4) [Présomptions] Aux fins des poursuites engagées en vertu du présent article :
- a) [Abrogé, 2000, ch. 12, art. 93]
- b) la preuve qu'une personne a de quelque façon reconnu un enfant comme son enfant, constitue, en l'absence de toute preuve contraire, une preuve que cet enfant est le sien;

(c) evidence that a person has failed for a period of one month to make provision for the maintenance of any child of theirs under the age of sixteen years is, in the absence of any evidence to the contrary, proof that the person has failed without lawful excuse to provide necessaries of life for the child; and

(d) the fact that a spouse or common-law partner or child is receiving or has received necessaries of life from another person who is not under a legal duty to provide them is not a defence.

. . .

**218.** [Abandoning child] Every one who unlawfully abandons or exposes a child who is under the age of ten years, so that its life is or is likely to be endangered or its health is or is likely to be permanently injured,

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

(b) is guilty of an offence punishable on summary conviction and liable to imprisonment for a term not exceeding eighteen months.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General for Saskatchewan, Regina.*

*Solicitor for the respondent: Saskatchewan Legal Aid Commission, Prince Albert.*

*Solicitor for the intervener: Attorney General of Ontario, Toronto.*

c) la preuve qu'une personne a omis, pendant une période d'un mois, de pourvoir à l'entretien d'un de ses enfants âgé de moins de seize ans constitue, en l'absence de toute preuve contraire, une preuve qu'elle a omis, sans excuse légitime, de lui fournir les choses nécessaires à l'existence;

d) le fait qu'un époux ou conjoint de fait ou un enfant reçoit ou a reçu les choses nécessaires à l'existence, d'une autre personne qui n'est pas légalement tenue de les fournir, ne constitue pas une défense.

. . .

**218.** [Abandon d'un enfant] Quiconque illicitement abandonne ou expose un enfant de moins de dix ans, de manière que la vie de cet enfant soit effectivement mise en danger ou exposée à l'être, ou que sa santé soit effectivement compromise de façon permanente ou exposée à l'être est coupable :

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

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'un emprisonnement maximal de dix-huit mois.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelante : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

*Procureur de l'intimée : Saskatchewan Legal Aid Commission, Prince Albert.*

*Procureur de l'intervenant : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*