

Yvan Vaillancourt Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

and

The Attorney General for Ontario Intervener

INDEXED AS: R. v. VAILLANCOURT

File No.: 18963.

1986: December 10; 1987: December 3.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard*, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Presumption of innocence — Constructive murder — Death caused by accomplice during robbery — Proof of intentional dangerous conduct causing death substituted for proof of mens rea with respect to death of victim — Accused's conviction possible notwithstanding existence of reasonable doubt on essential element — Whether s. 213(d) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justifiable under s. 1 of the Charter.

Criminal law — Constructive murder — Fundamental justice — Presumption of innocence — Death caused by accomplice during robbery — Proof of intentional dangerous conduct causing death substituted for proof of mens rea with respect to death of victim — Accused's conviction possible notwithstanding existence of reasonable doubt on essential element — Whether s. 213(d) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justifiable under s. 1 of the Charter.

During an armed robbery in a pool hall, appellant's accomplice shot and killed a client. The accomplice managed to escape but appellant was arrested and convicted of second degree murder as a party to the offence pursuant to ss. 21(2) and 213(d) of the *Criminal Code*. Section 213(d) provides that "Culpable homicide is murder where a person causes the death of a human being while committing or attempting to commit . . .

* Chouinard J. took no part in the judgment.

Yvan Vaillancourt Appellant

c.

Sa Majesté La Reine Intimée

a et

Le procureur général de l'Ontario Intervenant

RÉPERTORIÉ: R. c. VAILLANCOURT

b N° du greffe: 18963.

1986: 10 décembre; 1987: 3 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard*, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

d Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Présomption d'innocence — Meurtre par imputation — Mort causée par un complice au cours d'un vol qualifié — Preuve d'une conduite intentionnelle dangereuse causant la mort substituée à la preuve de la mens rea relativement à la mort de la victime — Possibilité de déclarer l'accusé coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément essentiel — L'article 213d) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

e Droit criminel — Meurtre par imputation — Justice fondamentale — Présomption d'innocence — Mort causée par un complice au cours d'un vol qualifié — Preuve d'une conduite intentionnelle dangereuse causant la mort substituée à la preuve de la mens rea relativement à la mort de la victime — Possibilité de déclarer l'accusé coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément essentiel — L'article 213d) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

i Au cours de la perpétration d'un vol à main armée dans une salle de billard, le complice de l'appelant a tiré un coup de feu qui a tué un client. Le complice a pu s'échapper, mais l'appelant a été arrêté et, conformément au par. 21(2) et à l'al. 213d) du *Code criminel*, il a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré, à titre de partie à l'infraction. L'alinéa 213d) dispose que «L'homicide coupable est un meurtre lorsqu'une per-

* Le juge Chouinard n'a pas pris part au jugement.

robbery ... whether or not the person means to cause death to any human being and whether or not he knows that death is likely to be caused to any human being, if ... he uses a weapon or has it upon his person during or at the time he commits or attempts to commit the offence ... and the death ensues as a consequence." At his trial before judge and jury, appellant testified that at the time of the robbery, he was certain that the gun in possession of the accomplice was not loaded. He stated that they had agreed to commit the robbery armed only with knives and when, on the night of the crime, the accomplice arrived with a gun he insisted that it be unloaded. The accomplice removed three bullets from the gun and gave them to the appellant. Appellant's glove containing the three bullets was recovered by the police at the scene of the crime. The Court of Appeal dismissed appellant's appeal from conviction. In this Court, he challenged the constitutional validity of s. 213(d) of the *Criminal Code*. This appeal raises two constitutional questions: (1) Is section 213(d) of the *Code* inconsistent with either ss. 7 or 11(d) of the *Charter* and, therefore, of no force or effect? (2) If not, is the combination of ss. 21 and 213(d) of the *Code* inconsistent with either ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and is s. 21 therefore of no force or effect in the case of a charge under s. 213(d)?

Held (McIntyre J. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered. The first constitutional question should be answered in the affirmative. No answer was given to the second constitutional question.

Per Dickson C.J. and Estey, Lamer and Wilson JJ.: Prior to the enactment of the *Charter*, Parliament had full legislative powers with respect to criminal law, including the determination of the essential elements of any given crime. But the *Charter* has restricted these powers. Under section 7, if a conviction will result in a deprivation of the life, liberty or security of the person of the accused, then Parliament must respect the principles of fundamental justice. One of these principles is that a minimum mental state is an essential element of an offence. However, because of the special nature of the stigma attached to a conviction for murder, the principles of fundamental justice require a *mens rea* reflecting the particular nature of that crime. While the current view of the justices is that such a conviction cannot rest on anything less than proof beyond a reasonable doubt of subjective foresight, for the purpose of this

sonne cause la mort d'un être humain pendant qu'elle commet ou tente de commettre [un...] vol qualifié [...] qu'elle ait ou non l'intention de causer la mort d'un être humain et qu'elle sache ou non qu'il en résultera vraisemblablement la mort d'un être humain [...] si elle emploie une arme ou l'a sur sa personne pendant ou alors qu'elle commet ou tente de commettre l'infraction [...] et que la mort en soit la conséquence». À son procès devant un juge et un jury, l'appelant a témoigné qu'au moment du vol qualifié, il était certain que l'arme à feu que son complice avait en sa possession n'était pas chargée. Il a affirmé qu'ils avaient convenu de commettre le vol qualifié en étant armés de couteaux seulement et que, le soir du crime, lorsque le complice s'est présenté avec une arme à feu, il a tenu à ce qu'elle soit déchargée. Le complice a enlevé de l'arme à feu trois cartouches qu'il a remises à l'appelant. Le gant de l'appelant qui contenait les trois cartouches a été trouvé par la police sur les lieux du crime. La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté par l'appelant contre sa déclaration de culpabilité. En cette Cour, il attaque la constitutionnalité de l'al. 213d) du *Code criminel*. En l'espèce, deux questions constitutionnelles ont été formulées: (1) L'alinéa 213d) du *Code* est-il incompatible avec l'art. 7 ou l'al. 11d) de la *Charte* et par conséquent, inopérant? (2) Sinon, la combinaison de l'art. 21 et de l'al. 213d) du *Code* est-elle incompatible avec l'art. 7 ou l'al. 11d) de la *Charte* et l'art. 21 du *Code* est-il, par conséquent, inopérant dans le cas d'une accusation fondée sur l'al. 213d)?

Arrêt (le juge McIntyre est dissident): Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative. Aucune réponse n'est donnée à la seconde question constitutionnelle.

Le juge en chef Dickson et les juges Estey, Lamer et Wilson: Avant l'adoption de la *Charte*, le Parlement avait pleins pouvoirs législatifs en matière de droit criminel, y compris en ce qui concerne la détermination des éléments essentiels d'un crime donné. La *Charte* est cependant venue limiter ces pouvoirs. Suivant l'art. 7, si une déclaration de culpabilité porte atteinte au droit de l'accusé à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, le législateur doit alors respecter les principes de justice fondamentale. L'un de ces principes porte qu'un état d'esprit minimal constitue un élément essentiel de l'infraction. Toutefois, en raison de la nature spéciale des stigmates qui se rattachent à une déclaration de culpabilité de meurtre, les principes de justice fondamentale commandent une *mens rea* qui reflète la nature particulière de ce crime. Bien que les juges estiment actuellement qu'une telle déclaration de culpa-

appeal, it is sufficient to say that, as a principle of fundamental justice, there cannot be a conviction in the absence of proof beyond a reasonable doubt of at least objective foreseeability.

bilité ne saurait reposer sur quelque chose de moins que la preuve hors de tout doute raisonnable d'une prévision subjective, il suffit de dire, pour les fins du présent pourvoi, que c'est un principe de justice fondamentale qu'en l'absence d'une preuve hors de tout doute raisonnable d'au moins une prévisibilité objective, il ne peut y avoir de déclaration de culpabilité.

The presumption of innocence in s. 11(d) of the *Charter* is offended when an accused may be convicted despite the existence of a reasonable doubt on an essential element of the offence. Where Parliament substituted proof of a different element for proof of an essential element, such substitution is constitutionally valid if, upon proof beyond reasonable doubt of the substituted element, it would be unreasonable for the trier of fact or a jury not to be satisfied beyond a reasonable doubt of the existence of the essential element. Therefore, an accused cannot be found guilty of murder absent proof beyond a reasonable doubt of at least objective foreseeability, and a murder provision which allows a conviction in the absence of proof beyond reasonable doubt of at least that essential element infringes ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

Il y a contravention à la présomption d'innocence établie par l'al. 11d) de la *Charte* dès lors qu'un accusé peut être déclaré coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément essentiel de l'infraction. Lorsque le législateur a remplacé la preuve d'un élément essentiel par la preuve d'un élément différent, cette substitution n'est constitutionnelle que si après que l'on a prouvé hors de tout doute raisonnable l'existence de l'élément ainsi substitué, il serait déraisonnable que le juge des faits ou le jury ne soit pas convaincu hors de tout doute raisonnable de l'existence de l'élément essentiel. Par conséquent, un accusé ne peut être déclaré coupable de meurtre en l'absence d'une preuve hors de tout doute raisonnable d'au moins une prévisibilité objective, et une disposition relative au meurtre qui permet de déclarer une personne coupable en l'absence de la preuve hors de tout doute raisonnable d'au moins cet élément essentiel contrevient à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*.

In the present case, s. 213(d) of the *Code* is *prima facie* in violation of ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. The *mens rea* required for s. 213 consists of the *mens rea* for the underlying offence and the intent to commit one of the acts set forth in paras. (a) to (d). Section 213 does not completely exclude the need to prove any objective foreseeability. Rather, it has substituted for proof beyond a reasonable doubt of objective foreseeability, if that is the essential element, proof beyond a reasonable doubt of certain forms of intentional dangerous conduct causing death. But this substitution is not constitutionally valid because it is still possible that, notwithstanding proof beyond a reasonable doubt of the matters set forth in paras. (a) and (d), a jury could reasonably be left in doubt as to whether the accused ought to have known that death was likely to ensue.

En l'espèce, l'al. 213d) du *Code* viole à première vue l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. La *mens rea* requise dans le cas de l'art. 213 est celle requise pour l'infraction sous-jacente et l'intention de commettre l'un des actes énoncés aux al. a) à d). L'article 213 n'exclut pas complètement la nécessité de faire la preuve d'une prévisibilité objective. Plutôt, il substitute à la preuve hors de tout doute raisonnable de la prévisibilité objective, à supposer que ce soit là l'élément essentiel, la preuve hors de tout doute raisonnable de certains types de conduite intentionnelle dangereuse causant la mort. Cette substitution est cependant inconstitutionnelle parce qu'il est encore possible que, nonobstant la preuve hors de tout doute raisonnable des choses énoncées aux al. a) à d), un jury ait raisonnablement des doutes pour ce qui est de déterminer si l'accusé aurait dû savoir que la mort était susceptible de s'ensuivre.

L'alinéa 213d) ne peut être sauvegardé par l'article premier de la *Charte*. Il est évident que l'objectif du législateur consistant à dissuader d'utiliser une arme ou d'en être muni lors de la perpétration de certaines infractions, en raison du risque accru de causer la mort, revêt une importance suffisante aux fins de l'article premier. Cependant, les mesures adoptées ne sont pas raisonnables et leur justification ne peut pas se démontrer. Bien qu'il semble y avoir un lien rationnel entre ces

Section 213(d) cannot be saved by s. 1 of the *Charter*. It is clear that Parliament's objective to deter the use or carrying of a weapon in the commission of certain offences, because of the increased risk of death, was of sufficient importance for the purpose of s. 1. However, the measures adopted were not reasonable and demonstrably justifiable. While these measures appear to be rationally connected to the objective, they unduly impair the rights and freedoms in question. Indeed, it is

not necessary to convict of murder persons who did not intend or foresee the death and who could not even have foreseen the death in order to deter others from using or carrying weapons. If Parliament wishes to deter the use or carrying of weapons, it should, as in s. 83 of the *Code*, punish the use or carrying of weapons.

Per Beetz and Le Dain JJ.: For the reasons given by Lamer and La Forest JJ., s. 213(d) of the *Criminal Code* does not conform to the principles of fundamental justice entrenched in the *Charter* and cannot be saved under s. 1. For the reasons given by Lamer J., s. 213(d) also violates s. 11(d) of the *Charter* and cannot be justified under s. 1. Given these conclusions, it is not necessary to decide whether there exists a principle of fundamental justice that a conviction for murder cannot rest on anything less than proof beyond a reasonable doubt of subjective foresight.

Per La Forest J.: Because of the stigma attached to a conviction for murder, the principles of fundamental justice require a *mens rea* reflecting the particular nature of that crime, namely one referable to causing death. In addition to the intention to cause death, this can include a closely related intention such as intention to cause bodily harm likely to result in death combined with recklessness as to that result. It is sufficient to say in this case that the mental element required by s. 213(d) of the *Criminal Code* is so remote from the intention specific to murder that a conviction under that paragraph violates fundamental justice. The provision is so broad that under it a person may be found guilty of murder even though the death was the result of an accident.

Section 213(d) of the *Code* cannot be saved by s. 1 of the *Charter*. The objective of discouraging the use of weapons in the commission of crimes can be achieved by means other than attaching the stigma of a conviction for murder to a person who has caused death in the circumstances like those described in the provision.

Per McIntyre J. (dissenting): The two constitutional questions should be answered in the negative. Parliament has decided that possession and use of weapons in the course of the commission of offences is a gravely aggravating factor and has chosen to term a killing arising in the circumstances described in s. 213(d) as

mesures et l'objectif visé, elles portent indûment atteinte aux droits et aux libertés en question. En fait, il n'est pas nécessaire, pour dissuader d'autres personnes de se servir d'armes ou d'en être munies, de déclarer coupables de meurtre des personnes qui n'ont pas voulu ni prévu causer la mort et qui n'auraient même pas pu prévoir qu'elle résulterait. Si le législateur souhaite dissuader les gens d'utiliser une arme ou d'en être munis, il devrait, comme il le fait à l'art. 83 du *Code*, punir l'usage ou le port d'une arme.

Les juges Beetz et Le Dain: Pour les raisons données par les juges Lamer et La Forest, l'al. 213d) du *Code criminel* n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale enracinés dans la *Charte* et il ne peut être sauvagardé en vertu de l'article premier. Pour les raisons données par le juge Lamer, l'al. 213d) viole aussi l'al. 11d) de la *Charte* et ne saurait être justifié en vertu de l'article premier. Étant donné ces conclusions, il n'est pas nécessaire de déterminer s'il existe un principe de justice fondamentale portant qu'une déclaration de culpabilité de meurtre ne saurait reposer sur quelque chose de moins que la preuve hors de tout doute raisonnable d'une prévision subjective.

Le juge La Forest: En raison des stigmates liés à une déclaration de culpabilité de meurtre, les principes de justice fondamentale exigent une *mens rea* qui reflète la nature particulière de ce crime, savoir une qui se rapporte au fait de causer la mort. Outre l'intention de causer la mort, cela peut inclure une intention très proche comme celle de causer des lésions corporelles de nature à causer la mort, sans se soucier que la mort en résulte ou non. Il suffit de dire, en l'espèce, que l'élément moral requis par l'al. 213d) du *Code criminel* est si éloigné de l'intention spécifique de commettre un meurtre qu'une déclaration de culpabilité rendue en vertu de cet alinéa est contraire à la justice fondamentale. La disposition est de portée si générale qu'elle permet de déclarer une personne coupable de meurtre même si la mort a été causée accidentellement.

L'alinéa 213d) du Code ne peut être sauvagardé par l'article premier de la Charta. L'objectif de dissuader d'utiliser des armes en commettant des crimes peut être atteint autrement que par l'imposition du stigmate de la déclaration de culpabilité de meurtre à une personne qui a causé la mort dans des circonstances comme celles décrites dans la disposition.

Le juge McIntyre (dissident): Les deux questions constitutionnelles doivent recevoir une réponse négative. Le législateur a décidé que la possession et l'usage d'une arme pendant la perpétration d'une infraction sont des facteurs très aggravants et il a choisi d'appeler «meurtre» l'homicide commis dans les circonstances décrites à

murder. While it may be illogical to characterize an unintentional killing as murder, no principle of fundamental justice is offended because serious criminal conduct, involving the commission of a crime of violence resulting in the killing of a human being, is classified as murder and not in some other manner.

In this case, the accused was properly convicted of murder under the combined effect of ss. 21(2) and 213(d) of the *Code*. The terms of s. 21(2) were fully met as there was evidence of the accused's active participation in the commission of the robbery, the underlying offence. The section gives expression to a principle of joint criminal liability long accepted and applied in the criminal law, and there is no basis upon which one could exempt conduct which attracts criminal liability, under s. 213 of the *Code*, from the application of that principle.

Cases Cited

By Lamer J.

Considered: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Corporation of the City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; **disapproved:** *R. v. Bezzanson* (1983), 8 C.C.C. (3d) 493; **referred to:** *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Swietlinski v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 956; *Reference re Validity of s. 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1, aff'd [1951] A.C. 179; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Vasil*, [1981] 1 S.C.R. 469; *R. v. Trinneer*, [1970] S.C.R. 638; *R. v. Farrant*, [1983] 1 S.C.R. 124; *R. v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225; *People v. Aaron*, 299 N.W.2d 304 (1980); *State v. Doucette*, 470 A.2d 676 (1983); *Sir John Chichester's Case* (1647), Aleyn 12, 82 E.R. 888; *Hull's Case* (1664), Kelyng, J. 40; *R. v. Plummer* (1702), Kelyng, J. 109, 84 E.R. 1103; *R. v. Woodburne and Coke* (1722), 16 St. Tr. 53.

By La Forest J.

Referred to: *Rowe v. The King*, [1951] S.C.R. 713.

By McIntyre J. (dissenting)

R. v. Munro and Munro (1983), 8 C.C.C. (3d) 260; *R. v. Trinneer*, [1970] S.C.R. 638; *R. v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d).
Constitution Act, 1867, s. 91(27).

l'al. 213d). Bien qu'il puisse être illogique de qualifier de meurtre l'homicide involontaire, aucun principe de justice fondamentale n'est violé du seul fait qu'une conduite criminelle grave comportant la perpétration d'un crime violent qui entraîne la mort d'un être humain, soit qualifiée de meurtre et non de quelque autre manière.

En l'espèce, c'est à juste titre que l'accusé a été déclaré coupable de meurtre en vertu de l'effet conjugué du par. 21(2) et de l'al. 213d) du *Code*. Les conditions du par. 21(2) étaient parfaitement remplies étant donné qu'il y avait preuve de la participation active de l'accusé à la perpétration du vol qualifié, l'infraction sous-jacente. La disposition exprime un principe de responsabilité criminelle conjointe depuis longtemps accepté et appliqué en droit criminel et il n'y a aucune raison de soustraire à l'application de ce principe une conduite qui, en vertu de l'art. 213 du *Code*, entraîne une responsabilité criminelle.

Jurisprudence

By Lamer J.

Arrêts examinés: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Corporation de la ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; **arrêt critiqué:** *R. v. Bezzanson* (1983), 8 C.C.C. (3d) 493; **arrêts mentionnés:** *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Swietlinski c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 956; *Reference re Validity of s. 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1, conf. [1951] A.C. 179; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Vasil*, [1981] 1 R.C.S. 469; *R. c. Trinneer*, [1970] R.C.S. 638; *R. c. Farrant*, [1983] 1 R.C.S. 124; *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225; *People v. Aaron*, 299 N.W.2d 304 (1980); *State v. Doucette*, 470 A.2d 676 (1983); *Sir John Chichester's Case* (1647), Aleyn 12, 82 E.R. 888; *Hull's Case* (1664), Kelyng, J. 40; *R. v. Plummer* (1702), Kelyng, J. 109, 84 E.R. 1103; *R. v. Woodburne and Coke* (1722), 16 St. Tr. 53.

By La Forest J.

Arrêt mentionné: *Rowe v. The King*, [1951] R.C.S. 713.

By McIntyre J. (dissenting)

R. v. Munro and Munro (1983), 8 C.C.C. (3d) 260; *R. c. Trinneer*, [1970] R.C.S. 638; *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d).
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 21(2), 83 [abr. & rempl. 1976-77, chap. 53, art. 3], 205(5)a),

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 21(2), 83 [rep. & subs. 1976-77, c. 53, s. 3], 205(5)(a), 212(a)(i), (ii), (c), 213 [am. 1974-75-76, c. 93, s. 13; c. 105, s. 29 item 1(4)].

Homicide Act, 1957, 5 & 6 Eliz. 2, c. 11 (U.K.)

Authors Cited

Burns, Peter and R. S. Reid. "From Felony Murder to Accomplice Felony Attempted Murder: The Rake's Progress Compleat?" (1977), 55 *Can. Bar Rev.* 75.

Canada. Law Reform Commission. *Homicide* (Working Paper 33). Ottawa, 1984.

Canada. Law Reform Commission. *Recodifying Criminal Law* (Report 30). Ottawa, 1986.

Coke, Sir Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England*. London: W. Clarke & Sons, 1817.

Dalton, Michael. *Countrey Justice*. London, 1619.

East, Edward Hyde. *Pleas of the Crown*, vol. 1. London, 1803.

Edwards, J. Ll. J. "Constructive Murder in Canadian and English Law" (1961), 3 *Crim. L.Q.* 481.

Foster, Sir Michael. *Crown Law*. Oxford, 1762.

Grant, Isabel and A. Wayne MacKay. "Constructive Murder and the Charter: In Search of Principle" (1987), 25 *Alta. L. Rev.* 129.

Hale, Sir Matthew. *History of the Pleas of the Crown*, vol. 1, 1736.

Hawkins, William. *Pleas of the Crown*, vol. 1, 1716.

Hooper, Anthony. "Some Anomalies and Developments in the Law of Homicide" (1967), 3 *U.B.C. L. Rev.* 55.

Lanham, David. "Felony Murder—Ancient and Modern" (1983), 7 *Crim. L.J.* 90.

Mewett, Alan W. and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.

Parker, Graham. *An Introduction to Criminal Law*. Toronto: Methuen, 1977.

Perkins, Rollin M. and Ronald N. Boyce. *Criminal Law*, 3rd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1982.

Stephen, Sir James Fitzjames. *A History of the Criminal Law of England*, vol. 3. London: MacMillan & Co., 1883.

Stephen, Sir James Fitzjames. *Stephen's Digest of the Criminal Law*, 9th ed. By Lewis Frederick Sturge. London: Sweet & Maxwell, 1950.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law*. Toronto: Cars-wells, 1982.

Willis, John. "Case and Comment" (1951), 29 *Can. Bar Rev.* 784.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1984), 31 C.C.C. (3d) 75, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of second degree murder. Appeal allowed and new trial ordered, McIntyre J. dissenting.

212a(i), (ii), c), 213 [mod. 1974-75-76, chap. 93, art. 13; chap. 105, art. 29, item 1(4)].

Homicide Act, 1957, 5 & 6 Eliz. 2, chap. 11 (R.-U.).

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27).

a Doctrine citée

Burns, Peter and R. S. Reid. «From Felony Murder to Accomplice Felony Attempted Murder: The Rake's Progress Compleat?» (1977), 55 *R. du B. can.* 75.

b Canada. Commission de réforme du droit. *L'homicide* (document de travail 33). Ottawa, 1984.

Canada. Commission de réforme du droit. *Pour une nouvelle codification du droit pénal* (rapport 30). Ottawa, 1986.

c Coke, Sir Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England*. London: W. Clarke & Sons, 1817.

Dalton, Michael. *Countrey Justice*. London, 1619.

East, Edward Hyde. *Pleas of the Crown*, vol. 1, London, 1803.

d Edwards, J. Ll. J. «Constructive Murder in Canadian and English Law» (1961), 3 *Crim. L.Q.* 481.

Foster, Sir Michael. *Crown Law*. Oxford, 1762.

Grant, Isabel and A. Wayne MacKay. «Constructive Murder and the Charter: In Search of Principle» (1987), 25 *Alta. L. Rev.* 129.

e Hale, Sir Matthew. *History of the Pleas of the Crown*, vol. 1, 1736.

Hawkins, William. *Pleas of the Crown*, vol. 1, 1716.

Hooper, Anthony. «Some Anomalies and Developments in the Law of Homicide» (1967), 3 *U.B.C. L. Rev.* 55.

f Lanham, David. «Felony Murder—Ancient and Modern» (1983), 7 *Crim. L.J.* 90.

Mewett, Alan W. and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.

Parker, Graham. *An Introduction to Criminal Law*. Toronto: Methuen, 1977.

g Perkins, Rollin M. and Ronald N. Boyce. *Criminal Law*, 3rd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1982.

Stephen, Sir James Fitzjames. *A History of the Criminal Law of England*, vol. 3. London: MacMillan & Co., 1883.

h Stephen, Sir James Fitzjames. *Stephen's Digest of the Criminal Law*, 9th ed. By Lewis Frederick Sturge. London: Sweet & Maxwell, 1950.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law*. Toronto: Cars-wells, 1982.

i Willis, John. «Case and Comment» (1951), 29 *R. du B. can.* 784.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1984), 31 C.C.C. (3d) 75, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé à l'encontre du verdict de culpabilité rendu contre lui relativement à une accusation de meurtre au deuxième degré. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, le juge McIntyre est dissident.

Michel Marchand and *Michael Brind'Amour*, for the appellant.

Bernard Laprade and *Jean-François Dionne*, for the respondent.

James K. Stewart, for the intervener.

The judgment of Dickson C.J. and Estey, Lamer and Wilson JJ. was delivered by

LAMER J.—

Introduction

Vaillancourt was convicted of second degree murder following a trial before a judge and jury in Montréal. He appealed to the Quebec Court of Appeal, arguing that the judge's charge to the jury on the combined operation of ss. 213(d) and 21(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, was incorrect. His appeal was dismissed and the conviction was affirmed: (1984), 31 C.C.C. (3d) 75. Before this Court, he has challenged the constitutional validity of s. 213(d) alone and in combination with s. 21(2) under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The Facts

For the purposes of this appeal, the Crown does not contest the following statement of the facts.

The appellant and his accomplice committed an armed robbery in a pool hall. The appellant was armed with a knife and his accomplice with a gun. During the robbery, the appellant remained near the front of the hall while the accomplice went to the back. There was a struggle between the accomplice and a client. A shot was fired and the client was killed. The accomplice managed to escape and has never been found. The appellant was arrested at the scene.

In the course of his testimony, the appellant said that he and his accomplice had agreed to commit this robbery armed only with knives. On the night of the robbery, however, the accomplice arrived at their meeting place with a gun. The appellant said

Michel Marchand et *Michael Brind'Amour*, pour l'appelant.

Bernard Laprade et *Jean-François Dionne*, pour l'intimée.

James K. Stewart, pour l'intervenant.

b Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Estey, Lamer et Wilson rendu par

c LE JUGE LAMER—

Introduction

d Vaillancourt a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré à l'issue d'un procès tenu devant un juge et un jury à Montréal. Il a interjeté appel devant la Cour d'appel du Québec, où il a fait valoir que les directives que le juge a données au jury concernant l'effet conjugué de l'al. 213(d) et du par. 21(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, e chap. C-34, étaient erronées. L'appel a été rejeté et la déclaration de culpabilité confirmée: (1984), 31 C.C.C. (3d) 75. En cette Cour, il attaque, en se fondant sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, la constitutionnalité de l'al. 213(d) pris isolément et conjugué avec le par. 21(2).

Les faits

g Pour les fins du présent pourvoi, le ministère public ne conteste pas les faits exposés ci-après.

h L'appelant et son complice ont commis un vol à main armée dans une salle de billard. L'appelant était armé d'un couteau et son complice d'une arme à feu. Au cours du vol, l'appelant est resté près de l'entrée de la salle alors que le complice s'est rendu à l'arrière. Le complice en est venu aux mains avec un client. Un coup a été tiré et le client est mort. Le complice a pu s'échapper et on ne l'a jamais retrouvé. L'appelant a été arrêté sur les lieux du crime.

j Au cours de son témoignage, l'appelant a affirmé que lui et son complice avaient convenu de commettre ce vol en étant armés de couteaux seulement. Le soir du vol, toutefois, le complice s'est présenté au lieu de rendez-vous avec une

that he objected because, on a previous armed robbery, his gun had discharged accidentally, and he did not want that to happen again. He insisted that the gun be unloaded. The accomplice removed three bullets from the gun and gave them to the appellant. The appellant then went to the bathroom and placed the bullets in his glove. The glove was recovered by the police at the scene of the crime and was found at trial to contain three bullets. The appellant testified that, at the time of the robbery, he was certain that the gun was unloaded.

arme à feu. L'appelant a dit qu'il s'était alors objecté car, au cours d'un vol à main armée antérieur, son arme s'était déchargée accidentellement, et il ne voulait pas que cela se reproduise. Il a tenu à ce que l'arme soit déchargée. Le complice a enlevé de l'arme à feu trois cartouches qu'il a remises à l'appelant. L'appelant est alors allé aux toilettes et a mis les cartouches dans son gant. La police a trouvé ce gant sur les lieux du crime et, au procès, on a conclu qu'il contenait trois cartouches. L'appelant a témoigné qu'au moment du vol il était certain que l'arme n'était pas chargée.

Constitutional Questions

Before this Court, the following constitutional questions were formulated:

1. Is section 213(d) of the *Criminal Code* inconsistent with the provisions of either s. 7 or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and, therefore, of no force or effect?
2. If not, is the combination of s. 21 and s. 213(d) of the *Criminal Code* inconsistent with the provisions of either s. 7 or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is s. 21 of the *Criminal Code* therefore of no force or effect in the case of a charge under s. 213(d) of the *Criminal Code*?

The Law

Narrowing the Issue

The appellant has framed his attack on s. 213(d) of the *Code* in very wide terms. He has argued that the principles of fundamental justice require that, before Parliament can impose any criminal liability for causing a particular result, there must be some degree of subjective *mens rea* in respect of that result. This is a fundamental question with far reaching consequences. If this case were decided on that basis, doubt would be cast on the constitutional validity of many provisions throughout our *Criminal Code*, in particular s. 205(5)(a), whereby causing death by means of an unlawful act is culpable homicide, and s. 212(c) whereby objective foreseeability of the likelihood of death is sufficient for a murder conviction in certain circumstances.

Les questions constitutionnelles

En cette Cour, les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées:

1. L'alinéa 213d) du *Code criminel* est-il incompatible avec les dispositions de l'art. 7 ou de l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, inopérant?
2. Si non, la combinaison de l'art. 21 et de l'al. 213d) du *Code criminel* est-elle incompatible avec les dispositions de l'art. 7 ou de l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et l'art. 21 du *Code criminel* est-il, par conséquent, inopérant dans le cas d'une accusation fondée sur l'art. 213d) du *Code criminel*?

f Le droit

Délimitation de la question en litige

L'appelant a formulé en des termes très généraux son attaque contre l'al. 213d) du *Code*. Il a fait valoir que, suivant les principes de justice fondamentale, le législateur ne peut imposer de responsabilité criminelle pour avoir provoqué un résultat particulier que s'il y a un certain degré de *mens rea* subjective à l'égard de ce résultat. Voilà une question fondamentale lourde de conséquences. Si le présent litige devait être décidé sur ce fondement, cela mettrait en doute la constitutionnalité d'un bon nombre de dispositions de notre *Code criminel*, en particulier l'al. 205(5)a), aux termes duquel causer la mort au moyen d'un acte illégal constitue un homicide coupable, et l'al. 212c), selon lequel la prévisibilité objective que la mort pourra être causée suffit, dans certaines circonstances, pour permettre une déclaration de culpabilité de meurtre.

However, the appellant was convicted under s. 213(d) and the constitutional question is limited to this provision. In my opinion, the validity of s. 213(d) can be decided on somewhat narrower grounds. In addition, the Attorney General of Canada has seen fit not to intervene to support the constitutionality of s. 213(d), which is clearly in jeopardy in this case, though he may have intervened to support ss. 205(5)(a) and 212(c) and other similar provisions. I will thus endeavour not to make pronouncements the effect of which will be to predispose in *obiter* of other issues more properly dealt with if and when the constitutionality of the other provisions is in issue. I do, however, find it virtually impossible to make comments as regards s. 213(d) that will not have some effect on the validity of the rest of s. 213 or that will not reveal to some extent my views as regards s. 212(c). However, the validity of those sections and of paras. (a) to (c) of s. 213 is not in issue here and I will attempt to limit my comments to s. 213(d).

The appellant has also challenged the combined operation of ss. 21(2) and 213(d). Given my decision on the validity of s. 213(d) and in view of the importance of s. 21(2) and the absence of the Attorney General of Canada, I do not find it necessary or advisable to deal with s. 21(2) in this appeal.

Analysis of s. 213(d)

Section 213(d) in the Context of the Murder Provisions

It is first necessary to analyze s. 213(d) in the context of the other murder provisions in the *Code* in order to determine its true nature and scope. Murder is defined as a culpable homicide committed in the circumstances set out at ss. 212 and 213 of the *Code*. There is a very interesting progression through s. 212 to s. 213 with respect to the mental state that must be proven.

The starting point is s. 212(a)(i), which provides:

L'appelant a toutefois été déclaré coupable d'une infraction à l'al. 213d) et la question constitutionnelle se limite à cette disposition. J'estime qu'une décision concernant la validité de l'al. 213d) peut se fonder sur des moyens un peu plus étroits. De plus, le procureur général du Canada a jugé bon de ne pas intervenir à l'appui de la constitutionnalité de l'al. 213d), qui est nettement menacée en l'espèce, alors qu'il serait peut-être intervenu à l'appui des al. 205(5)a) et 212c) et d'autres dispositions semblables. Je m'efforcerai ainsi de ne pas faire de déclarations qui auront pour effet de préjuger, par voie d'opinion incidente, de questions qu'il conviendrait mieux d'aborder si jamais la constitutionnalité des autres dispositions était attaquée. Je constate cependant qu'il est presque impossible de formuler, au sujet de l'al. 213d), des observations qui n'auraient aucune incidence sur la validité du reste de l'art. 213 ou qui ne traduirait pas jusqu'à un certain point mon opinion concernant l'al. 212c). Toutefois, la validité de ces dispositions et des al. a) à c) de l'art. 213 n'est pas en cause en l'espèce et j'essayerai de limiter mes observations à l'al. 213d).

L'appelant a aussi contesté l'effet conjugué du par. 21(2) et de l'al. 213d). Compte tenu de ma décision sur la validité de l'al. 213d) et vu l'importance du par. 21(2) ainsi que l'absence du procureur général du Canada, j'estime qu'il n'est ni nécessaire ni souhaitable de se prononcer sur le par. 21(2) en l'espèce.

L'analyse de l'al. 213d)

L'alinéa 213d) dans le contexte des dispositions relatives au meurtre

Il faut d'abord étudier l'al. 213d) dans le contexte des autres dispositions du *Code* relatives au meurtre afin d'en déterminer la nature et la portée véritables. Le meurtre est défini comme un homicide coupable commis dans les circonstances exposées aux art. 212 et 213 du *Code*. Les articles 212 et 213 traduisent une progression très intéressante en ce qui concerne l'état d'esprit dont on doit faire la preuve.

Le point de départ est le sous-al. 212a)(i), dont voici le texte:

212. Culpable homicide is murder

(a) where the person who causes the death of a human being

(i) means to cause his death,

This clearly requires that the accused have actual subjective foresight of the likelihood of causing the death coupled with the intention to cause that death. This is the most morally blameworthy state of mind in our system.

There is a slight relaxation of this requirement in s. 212(a)(ii), which provides:

212. Culpable homicide is murder

(a) where the person who causes the death of a human being

(ii) means to cause him bodily harm that he knows is likely to cause his death, and is reckless whether death ensues or not;

Here again the accused must have actual subjective foresight of the likelihood of death. However, the Crown need no longer prove that he intended to cause the death but only that he was reckless whether death ensued or not. It should also be noted that s. 212(a)(ii) is limited to cases where the accused intended to cause bodily harm to the victim.

Section 212(c) provides:

212. Culpable homicide is murder

(c) where a person, for an unlawful object, does anything that he knows or ought to know is likely to cause death, and thereby causes death to a human being, notwithstanding that he desires to effect his object without causing death or bodily harm to any human being.

In part, this is simply a more general form of recklessness and thus the logical extension of s. 212(a)(ii), in that it applies when the accused "does anything that he knows . . . is likely to cause death" (emphasis added). However, there is also a further relaxation of the mental element required for murder in that it is also murder where the accused "does anything that he . . . ought to know is likely to cause death" (emphasis added). This eliminates the requirement of actual subjective

212. L'homicide coupable est un meurtre

a) lorsque la personne qui cause la mort d'un être humain

(i) a l'intention de causer sa mort,

Il est évident que cette disposition exige que l'accusé ait vraiment prévu subjectivement que la mort pourrait être causée, et qu'il ait eu l'intention de la causer. Sur le plan moral, c'est là l'état d'esprit le plus répréhensible dans notre système.

Il y a un léger assouplissement de cette exigence au sous-al. 212a)(ii), qui dispose:

212. L'homicide coupable est un meurtre

a) lorsque la personne qui cause la mort d'un être humain

(ii) a l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'elle sait être de nature à causer sa mort, et qu'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non;

Là encore, l'accusé doit vraiment avoir prévu subjectivement que la mort pourrait être causée. Toutefois, le ministère public est tenu de prouver non plus qu'il avait l'intention de causer la mort, mais seulement qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non. Soulignons en outre que l'application du sous-al. 212a)(ii) se limite aux cas où l'accusé a eu l'intention de causer des lésions corporelles à la victime.

L'alinéa 212c) porte:

212. L'homicide coupable est un meurtre

c) lorsqu'une personne, pour une fin illégale, fait quelque chose qu'elle sait, ou devrait savoir, de nature à causer la mort et, conséquemment, cause la mort d'un être humain, même si elle désire atteindre son but sans causer la mort ou une lésion corporelle à qui que ce soit.

En partie, il s'agit là d'une forme plus générale d'insouciance et, ainsi, du prolongement logique du sous-al. 212a)(ii) en ce sens que cette disposition s'applique lorsque la personne accusée «fait quelque chose qu'elle sait [. . .] de nature à causer la mort» (je souligne). Il y a cependant aussi un assouplissement encore plus grand en ce qui concerne l'élément moral requis pour qu'il y ait meurtre, puisqu'une personne accusée se rend aussi coupable de ce crime lorsqu'elle «fait quelque

foresight and replaces it with objective foreseeability or negligence.

The final relaxation in the definition of murder occurs at s. 213:

213. Culpable homicide is murder where a person causes the death of a human being while committing or attempting to commit high treason or treason or an offence mentioned in section 52 (sabotage), 76 (piratical acts), 76.1 (hijacking an aircraft), 132 or subsection 133(1) or sections 134 to 136 (escape or rescue from prison or lawful custody), 143 or 145 (rape or attempt to commit rape), 149 or 156 (indecent assault), subsection 246(2) (resisting lawful arrest), 247 (kidnapping and forcible confinement), 302 (robbery), 306 (breaking and entering) or 389 or 390 (arson), whether or not the person means to cause death to any human being and whether or not he knows that death is likely to be caused to any human being, if

- (a) he means to cause bodily harm for the purpose of
 - (i) facilitating the commission of the offence, or
 - (ii) facilitating his flight after committing or attempting to commit the offence,

and the death ensues from the bodily harm;

- (b) he administers a stupefying or overpowering thing for a purpose mentioned in paragraph (a), and the death ensues therefrom;

- (c) he wilfully stops, by any means, the breath of a human being for a purpose mentioned in paragraph (a), and the death ensues therefrom; or

- (d) he uses a weapon or has it upon his person

- (i) during or at the time he commits or attempts to commit the offence, or

- (ii) during or at the time of his flight after committing or attempting to commit the offence,

and the death ensues as a consequence.

Under this provision, it is murder if the accused causes the victim's death while committing or attempting to commit one of the enumerated offences if he performs one of the acts in paras. (a) to (d). Proof that the accused performed one of the acts in paras. (a) to (d) is substituted for proof of any subjective foresight or even objective foreseeability of the likelihood of death.

chose qu'elle [...] devrait savoir, de nature à causer la mort» (je souligne). Cela a donc pour effet d'éliminer l'exigence de prévision subjective réelle pour la remplacer par un critère de prévisibilité objective ou de négligence.

Le dernier assouplissement apporté à la définition de meurtre se trouve à l'art. 213:

213. L'homicide coupable est un meurtre lorsqu'une personne cause la mort d'un être humain pendant qu'elle commet ou tente de commettre une haute trahison, une trahison ou une infraction mentionnée aux articles 52 (sabotage), 76 (actes de piraterie), 76.1 (détournement d'aéronef), 132 ou au paragraphe 133(1) ou aux articles 134 à 136 (évasion ou délivrance d'une garde légale), 143 ou 145 (viol ou tentative de viol), 149 ou 156 (attentat à la pudeur), au paragraphe 246(2) (résistance à une arrestation légale), aux articles 247 (enlèvement et séquestration), 302 (vol qualifié), 306 (introduction par effraction) ou 389 ou 390 (crime d'incendie), qu'elle ait ou non l'intention de causer la mort d'un être humain et qu'elle sache ou non qu'il en résultera vraisemblablement la mort d'un être humain

a) si elle a l'intention de causer des lésions corporelles aux fins

e) (i) de faciliter la perpétration de l'infraction, ou
(ii) de faciliter sa fuite après avoir commis ou tenté de commettre l'infraction,

et que la mort résulte des lésions corporelles;

f) b) si elle administre un stupéfiant ou un soporifique à une fin mentionnée à l'alinéa a) et que la mort en résulte;

g) c) si, volontairement, elle arrête, par quelque moyen, la respiration d'un être humain à une fin mentionnée à l'alinéa a) et que la mort en résulte; ou

d) si elle emploie une arme ou l'a sur sa personne

i) pendant ou alors qu'elle commet ou tente de commettre l'infraction, ou

j) au cours ou au moment de sa fuite après avoir commis ou tenté de commettre l'infraction,

et que la mort en soit la conséquence.

Suivant cette disposition, il y a meurtre dès lors que l'accusé cause la mort de la victime pendant qu'il commet ou tente de commettre l'une des infractions énumérées, et qu'il accomplit l'un des actes visés par les al. a) à d). La preuve que l'accusé a accompli l'un des actes visés par les al. a) à d) est substituée à la preuve de la prévision subjective ou même de la prévisibilité objective que la mort pourrait être causée.

I should add that there appears to be a further relaxation of the mental state when the accused is a party to the murder through s. 21(2) of the *Code* as in this case. However, as I have said, it is sufficient to deal with s. 213(d) in order to dispose of this appeal.

The Historical Development of s. 213

Although the concept of felony murder has a long history at common law, a brief review of the historical development of s. 213 indicates that its legitimacy is questionable.

In the early history of English criminal law, *murdrum* or murder referred to a secret killing or the killing of a Dane or, later, a Norman by an Englishman and to the fine levied on the township where the killing occurred. By the early 14th century, the fines had been abandoned and murder had come to be the name used to describe the worst kind of homicide. The expression "malice aforethought" was subsequently adopted to distinguish murder from manslaughter, which denoted all culpable homicides other than murder. Malice aforethought was not limited to its natural and obvious sense of premeditation, but would be implied whenever the killing was intentional or reckless. In these instances, the malice was present and it is the premeditation which was implied by law.

Coke took this one step further and implied both the malice and the premeditation in cases where the death occurred in the commission of an unlawful act. He wrote in *The Third Part of the Institutes of the Laws of England* (London: W. Clarke & Sons, 1817), at p. 56:

Unlawfull. If the act be unlawful it is murder. As if A. meaning to steale a deere in the park of B, shooteth at the deer, and by the glance of the arrow killeth a boy that is hidden in a bush: this is murder, for that the act was unlawfull, although A. had no intent to hurt the boy, nor knew not of him. But if B. the owner of the park had shot at his own deer, and without any ill intent

Je tiens à ajouter qu'il semble y avoir un assouplissement encore plus grand de l'état d'esprit requis lorsque l'accusé est partie au meurtre en vertu du par. 21(2) du *Code*, comme c'est le cas en l'espèce. Toutefois, comme je l'ai dit, il suffit de traiter de l'al. 213d) pour statuer sur le présent pourvoi.

L'évolution historique de l'art. 213

Quoique la notion de l'homicide concomitant d'une infraction majeure (*felony*) existe depuis longtemps en *common law*, un bref examen de l'évolution historique de l'art. 213 soulève des doutes sur la légitimité de cette notion.

À l'origine du droit criminel anglais, le terme *murdrum* ou meurtre désignait un homicide secret ou l'homicide perpétré par un Anglais contre un Danois ou, plus tard, un Normand, et l'amende imposée au township où l'homicide avait été commis. Dès le commencement du XIV^e siècle, on avait abandonné les amendes et le meurtre était devenu le terme employé pour décrire les pires formes d'homicide. On a par la suite adopté l'expression «*malice aforethought*» (malice intentionnelle) pour distinguer le meurtre de l'homicide involontaire coupable qui englobait tous les homicides coupables autres que le meurtre. La malice intentionnelle ne se limitait pas à son sens littéral et manifeste de prémeditation, mais on concluait à son existence chaque fois que l'homicide était commis de propos délibéré ou avec insouciance.

Dans ces cas, il y avait malice et c'était la prémeditation qui était présumée par la loi.

Coke est allé encore plus loin et a supposé qu'il y avait à la fois malice et prémeditation dans les cas où la mort était causée au cours de la perpétration d'un acte illégal. Voici ce qu'il a écrit dans *The Third Part of the Institutes of the Laws of England* (London: W. Clarke & Sons, 1817), à la p. 56:

[TRADUCTION] *Illégal* — Si l'acte est illégal, il y a meurtre. Par exemple, si A, dans l'intention de voler un cerf dans le parc de B, tire sur le cerf et que la flèche, faisant ricochet, tue un garçon caché dans un arbrisseau, il s'agit d'un meurtre car l'acte était illégal, même si A ne voulait aucun mal au garçon et ignorait sa présence. Mais si B, le propriétaire du parc, avait tiré sur son

had killed the boy by the glance of his arrow, this had been homicide by misadventure, and no felony.

So if one shoot at any wild fowle upon a tree, and the arrow killeth any reasonable creature afar off, without any evill intent in him, this is *per infortunium*: for it was not unlawful to shoot at the wilde fowle: but if he had shot at a cock or hen, or any tame fowle of another mans, and the arrow, by mischance had killed a man, this had been murder, for the act was unlawfull.

proper cerf et, sans mauvaise intention, avait tué le garçon par le ricochet de sa flèche, il se serait agi d'un homicide accidentel et non d'une infraction majeure.

De même, si, sans mauvaise intention, on tire sur du gibier à plumes dans un arbre et que la flèche tue un être humain qui se trouve plus loin, il s'agit d'un homicide *per infortunium*, car il n'était pas illégal de tirer sur le gibier; mais si la même personne avait tiré sur un coq ou une poule ou sur tout autre oiseau domestique appartenant à autrui, et que la flèche eût par malheur tué un homme, il se serait agi d'un meurtre car l'acte était illégal.

c La règle de l'homicide concomitant d'un acte illégal énoncée par Coke a été beaucoup critiquée. Stephen a démontré que l'affirmation de Coke n'était pas appuyée par la jurisprudence citée (*A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. 3, aux pp. 57 et 58).

d De plus, un auteur a laissé entendre dernièrement que la déclaration de Coke n'était qu'un «lapsus» et que Coke avait voulu dire que l'homicide accidentel résultant d'un acte illégal était un homicide involontaire coupable

e (voir D. Lanham, «*Felony Murder—Ancient and Modern*» (1983), 7 *Crim. L.J.* 90, aux pp. 92 à 94). D'autres auteurs (Dalton, *Courtney Justice* (1619), aux pp. 225 et 226, et Hale, *History of the Pleas of the Crown* (1736), vol. 1, à la p. 475) et décisions du XVII^e siècle (*Sir John Chichester's Case* (1647), Aleyn 12, 82 E.R. 888, et *Hull's Case* (1664), Kelyng, J. 40) ont écarté la règle de l'homicide concomitant d'un acte illégal formulée par Coke.

f Malgré tout cela, le principe de Coke semble avoir été retenu par la doctrine et la jurisprudence du XVIII^e siècle qui n'ont fait que limiter son application aux homicides commis au cours de la perpétration d'infractions majeures (voir *R. v. Plummer* (1702), Kelyng, J. 109, 84 E.R. 1103, à la p. 1107; Hawkins, *Pleas of the Crown* (1716), vol. 1, ch. 29, s. 11; *R. v. Woodburne and Coke* (1722), 16 St. Tr. 53; Foster, *Crown Law* (1762), at p. 258; East, *Pleas of the Crown* (1803), vol. 1, at p. 255).

g Of course, at that time, both the underlying felony and the murder were punishable by death, so the definition of a homicide in the course of a felony as a murder had little practical effect.

h Bien entendu, à cette époque, l'infraction majeure sous-jacente et le meurtre entraînaient tous les deux la peine capitale, de sorte qu'il importait peu sur le plan pratique que l'homicide commis au cours de la perpétration d'une infraction majeure soit défini comme un meurtre.

In the 19th century, the felony murder rule was accepted as part of the common law (see *Stephen's Digest of the Criminal Law* (9th ed. 1950), art. 264(c)). However, the rule was strongly criticized by Stephen, who labelled it "cruel" and "monstrous" (*A History of the Criminal Law of England, supra*, at p. 75).

Despite the rule's questionable origins and the subsequent criticisms, s. 175 of the English Draft Code of 1879 included a restricted form of felony murder which was subsequently adopted in the first Canadian *Criminal Code* in 1892. Through subsequent amendments, this provision has been widened and it is now s. 213. It is more restricted than the common law rule in that it is limited to deaths occurring in the commission of certain enumerated offences and it requires that the accused have committed one of the acts set out in paras. (a) to (d).

Section 213 and its predecessors in the *Code* have long been subject to academic criticism (see J. Willis, "Case and Comment" (1951), 29 *Can. Bar Rev.* 784, at pp. 794-96; J. Ll. J. Edwards, "Constructive Murder in Canadian and English Law" (1961), 3 *Crim. L.Q.* 481, at pp. 506-9; A. Hooper, "Some Anomalies and Developments in the Law of Homicide" (1967), 3 *U.B.C. L. Rev.* 55, at pp. 75-77; P. Burns and R. S. Reid, "From Felony Murder to Accomplice Felony Attempted Murder: The Rake's Progress Compleat?" (1977), 55 *Can. Bar Rev.* 75, at pp. 103-5; G. Parker, *An Introduction to Criminal Law* (1977), at pp. 145-48; D. Stuart, *Canadian Criminal Law* (1982), at pp. 222-25; I. Grant and A. W. MacKay, "Constructive Murder and the Charter: In Search of Principle" (1987), 25 *Alta. L. Rev.* 129; cf. A. W. Mewett and M. Manning, *Criminal Law* (2nd ed. 1985), at p. 545). It has also been subject to judicial criticism. In *R. v. Farrant*, [1983] 1 S.C.R. 124, Dickson J., as he then was, wrote that s. 213 seemed harsh (p. 130). In *R. v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225, dealing with the *mens rea* of attempted murder, McIntyre J. wrote at pp. 250-51:

Au XIX^e siècle, la règle de l'homicide concomitant d'une infraction majeure était acceptée comme faisant partie intégrante de la *common law* (voir *Stephen's Digest of the Criminal Law* (9th ed. 1950), art. 264c)). La règle a toutefois été sévèrement critiquée par Stephen, qui l'a qualifiée de «cruelle» et «monstrueuse» (*A History of the Criminal Law of England*, précité, à la p. 75).

^b En dépit des origines douteuses de la règle et des critiques qui ont suivi, l'art. 175 de l'English Draft Code de 1879 comprenait une forme limitée d'homicide concomitant d'une infraction majeure qui a été reprise, par la suite, dans le premier *Code criminel* canadien en 1892. Des modifications ultérieures ont élargi la portée de cette disposition qui constitue aujourd'hui l'art. 213. La portée de cet article est plus restreinte que celle de la règle de *common law*, en ce sens qu'il vise uniquement les décès causés lors de la perpétration de certaines infractions énumérées et qu'il exige que l'accusé ait commis l'un des actes mentionnés aux al. a) à d).

L'article 213 et les dispositions du *Code* qui l'ont précédé font depuis longtemps l'objet de critiques de la part des auteurs de doctrine (voir J. Willis, «Case and Comments» (1951), 29 *R. du B. can.* 784, aux pp. 794 à 796; J. Ll. J. Edwards, «Constructive Murder in Canadian and English Law» (1961), 3 *Crim. L.Q.* 481, aux pp. 506 à 509; A. Hooper, «Some Anomalies and Developments in the Law of Homicide» (1967), 3 *U.B.C. L. Rev.* 55, aux pp. 75 à 77; P. Burns et R. S. Reid, «From Felony Murder to Accomplice Felony Attempted Murder: The Rake's Progress Compleat?» (1977), 55 *R. du B. can.* 75, aux pp. 103 à 105; G. Parker, *An Introduction to Criminal Law* (1977), aux pp. 145 à 148; D. Stuart, *Canadian Criminal Law* (1982), aux pp. 222 à 225; I. Grant et A. W. MacKay, «Constructive Murder and the Charter: In Search of Principle» (1987), 25 *Alta. L. Rev.* 129; cf. A. W. Mewett et M. Manning, *Criminal Law* (2nd ed. 1985), à la p. 545). Les tribunaux l'ont également critiqué. Dans l'arrêt *R. c. Farrant*, [1983] 1 R.C.S. 124, le juge Dickson, alors juge puîné, a écrit que l'art. 213 semblait cruel (p. 130). Dans l'arrêt *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225, portant sur la *mens rea* en matière de tentative de meurtre, le juge McIntyre écrit, aux pp. 250 et 251:

It was argued, and it has been suggested in some of the cases and academic writings on the question, that it is illogical to insist upon a higher degree of *mens rea* for attempted murder, while accepting a lower degree amounting to recklessness for murder. I see no merit in this argument. The intent to kill is the highest intent in murder and there is no reason in logic why an attempt to murder, aimed at the completion of the full crime of murder, should have any lesser intent. If there is any illogic in this matter, it is in the statutory characterization of unintentional killing as murder. [Emphasis added.]

Finally, the Law Reform Commission of Canada criticized s. 213 in *Homicide* (1984), Working Paper 33, at pp. 47-51, and excluded the notion of constructive murder from its Draft Criminal Code (*Recodifying Criminal Law* (1986), Report 30, cl. 6(3), at p. 54).

Felony Murder in Other Jurisdictions

Felony murder is a peculiarly common law concept which appears to be unknown outside a small circle of common law jurisdictions, and it has not fared well in those jurisdictions. In the United Kingdom, where the rule originated, it was abolished by the *Homicide Act*, 1957, 5 & 6 Eliz. 2, c. 11 (U.K.). The rule is still quite widespread in the United States, though it is said to be in decline (R. M. Perkins and R. N. Boyce, *Criminal Law* (3rd ed. 1982), at p. 70). The rule has been abolished by statute or by the courts in several jurisdictions (see *People v. Aaron*, 299 N.W.2d 304 (Mich. 1980), *State v. Doucette*, 470 A.2d 676 (Vt. 1983)), and it has been downgraded to manslaughter in others. In addition, the courts and the legislatures have limited the scope of the common law rule by limiting the felonies to which it is applicable, requiring some degree of *mens rea* with respect to the death, establishing affirmative defences or limiting the punishments available. The rule also exists in New Zealand and certain Australian states but it is narrower and abolition has been recommended in some jurisdictions.

On a prétendu, et on a laissé entendre dans certains arrêts et ouvrages sur la question, qu'il est illogique d'exiger une *mens rea* d'un degré plus élevé dans le cas d'une tentative de meurtre alors qu'on accepte une *mens rea* d'un degré moindre équivalant à l'insouciance dans le cas d'un meurtre. À mon avis, cet argument n'est pas fondé. L'intention de tuer est l'intention la plus grave en matière de meurtre et il n'y a aucune raison logique pour laquelle une tentative de meurtre, qui vise la réalisation du crime complet de meurtre, devrait comporter une intention moindre. Tout illogisme dans la présente affaire réside dans le fait que le Code qualifie de meurtre l'homicide involontaire. [Je souligne.]

Finalement, la Commission de réforme du droit du Canada a critiqué l'art. 213 dans le document de travail 33 intitulé *L'homicide* (1984), aux pp. 53 à 57, et a écarté la notion de meurtre par imputation de son projet de code pénal (*Pour une nouvelle codification du droit pénal* (1986), rapport 30, par. 6(3), à la p. 62).

Les autres ressorts et l'homicide concomitant d'une infraction majeure

L'homicide concomitant d'une infraction majeure est un concept propre à la *common law* qui paraît inconnu à l'extérieur d'un petit nombre de ressorts de *common law* et, même dans ces ressorts-là, il n'a pas été très bien reçu. Au Royaume-Uni, son pays d'origine, la règle a été abolie par l'*Homicide Act*, 1957, 5 & 6 Eliz. 2, chap. 11 (R.-U.). Quoiqu'elle soit encore assez répandue aux États-Unis, on dit que cette règle est sur son déclin (R. M. Perkins et R. N. Boyce, *Criminal Law* (3rd ed. 1982), à la p. 70). Dans plusieurs États, la règle a été abolie soit par le législateur soit par les tribunaux (voir *People v. Aaron*, 299 N.W.2d 304 (Mich. 1980), *State v. Doucette*, 470 A.2d 676 (Vt. 1983)), et dans d'autres, le meurtre a été réduit à l'homicide involontaire coupable. De plus, les tribunaux et les législateurs ont restreint la portée de la règle de *common law* en limitant les infractions majeures auxquelles elle s'applique, en exigeant qu'il y ait un certain degré de *mens rea* relativement à la mort causée, en établissant des moyens de défense positifs ou en limitant les peines pouvant être imposées. La règle existe également en Nouvelle-Zélande et dans certains États de l'Australie, mais sa portée est plus restreinte et son abolition a été recommandée dans certains ressorts.

Section 213(d) and the Charter

This appeal calls into play two principles of fundamental justice.

The First Principle: The Essential Elements of Certain Crimes and s. 7 of the Charter

Prior to the enactment of the *Charter*, Parliament had full legislative power with respect to "The Criminal Law" (*Constitution Act, 1867*, s. 91(27)), including the determination of the essential elements of any given crime. It could prohibit any act and impose any penal consequences for infringing the prohibition, provided only that the prohibition served "a public purpose which can support it as being in relation to criminal law" (*Reference re Validity of s. 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1, at p. 50; appeal to the Privy Council dismissed, [1951] A.C. 179). Once the legislation was found to have met this test, the courts had very little power to review the substance of the legislation. For example, in *R. v. Corporation of the City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, Dickson J., as he then was, held that, when an offence was criminal in the true sense, there was a presumption that the prosecution must prove the *mens rea*. However, it was always open to Parliament expressly to relieve the prosecution of its obligation to prove any part of the *mens rea*, as it is said to have done in s. 213 of the *Code* with respect to the foreseeability of the death of the victim. It is thus clear that, prior to the enactment of the *Charter*, the validity of s. 213 could not have been successfully challenged.

a L'alinéa 213d) et la Charte

Le présent pourvoi fait intervenir deux principes de justice fondamentale.

b Le premier principe: les éléments essentiels de certains crimes et l'art. 7 de la Charte

Avant l'adoption de la *Charte*, le Parlement avait pleins pouvoirs législatifs en matière de «droit criminel» (*Loi constitutionnelle de 1867*, par. 91(27)), y compris en ce qui concerne la détermination des éléments essentiels d'un crime donné. Il pouvait interdire tout acte et imposer n'importe quelle sanction pour la violation de l'interdiction, à la condition seulement que cette dernière ait été établie dans [TRADUCTION] «un but de nature publique qui permettrait de la rattacher au droit pénal» (*Reference re Validity of s. 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1, à la p. 50; pourvoi devant le Conseil privé rejeté, [1951] A.C. 179). Du moment qu'ils concluaient qu'une loi satisfaisait à ce critère, les tribunaux n'avaient qu'un pouvoir très restreint d'examiner le contenu de cette loi. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Corporation de la ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, le juge Dickson, alors juge puîné, a conclu que, lorsqu'une infraction est criminelle au sens véritable, il y a une présomption que la poursuite doit prouver la *mens rea*. Cependant, il était toujours loisible au législateur de dégager expressément la poursuite de son obligation d'établir l'existence d'un élément de la *mens rea*, comme on dit qu'il l'a fait à l'art. 213 du *Code* relativement à la prévisibilité de la mort de la victime. Il est donc évident qu'avant l'adoption de la *Charte*, on n'aurait pu contester avec succès la validité de l'art. 213 du *Code*.

However, federal and provincial legislatures have chosen to restrict through the *Charter* this power with respect to criminal law. Under section 7, if a conviction, given either the stigma attached to the offence or the available penalties, will result in a deprivation of the life, liberty or security of the person of the accused, then Parliament must respect the principles of fundamental justice. It

Toutefois, les législateurs fédéral et provinciaux ont choisi de limiter, au moyen de la *Charte*, ce pouvoir en matière de droit criminel. Suivant l'art. 7, si une déclaration de culpabilité, en raison soit des stigmates qui se rattachent à l'infraction soit des peines qui peuvent être imposées, porte atteinte au droit de l'accusé à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne, le législateur doit alors

has been argued that the principles of fundamental justice in s. 7 are only procedural guarantees. However, in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, this Court rejected that argument and used s. 7 to review the substance of the legislation. As a result, while Parliament retains the power to define the elements of a crime, the courts now have the jurisdiction and, more important, the duty, when called upon to do so, to review that definition to ensure that it is in accordance with the principles of fundamental justice.

This Court's decision in *Re B.C. Motor Vehicle Act* stands for the proposition that absolute liability infringes the principles of fundamental justice, such that the combination of absolute liability and a deprivation of life, liberty or security of the person is a restriction on one's rights under s. 7 and is *prima facie* a violation thereof. In effect, *Re B.C. Motor Vehicle Act* acknowledges that, whenever the state resorts to the restriction of liberty, such as imprisonment, to assist in the enforcement of a law, even, as in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, a mere provincial regulatory offence, there is, as a principle of fundamental justice, a minimum mental state which is an essential element of the offence. It thus elevated *mens rea* from a presumed element in *Sault Ste. Marie, supra*, to a constitutionally required element. *Re B.C. Motor Vehicle Act* did not decide what level of *mens rea* was constitutionally required for each type of offence, but inferentially decided that even for a mere provincial regulatory offence at least negligence was required, in that at least a defence of due diligence must always be open to an accused who risks imprisonment upon conviction. In *Sault Ste. Marie*, Dickson J. stated at pp. 1309-10:

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 reckless-

respecter les principes de justice fondamentale. On a soutenu que les principes de justice fondamentale visés par l'art. 7 ne sont que des garanties en matière de procédure. Toutefois, dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, la Cour a rejeté cet argument et s'est servie de l'art. 7 pour examiner le contenu de la loi en cause. Par conséquent, quoique le législateur conserve la faculté de définir les éléments d'un crime, les tribunaux ont maintenant le pouvoir et, qui plus est, le devoir, quand on leur en fait la demande, d'examiner cette définition afin de s'assurer qu'elle est conforme aux principes de justice fondamentale.

Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, la Cour établit que la responsabilité absolue viole les principes de justice fondamentale, de sorte que la combinaison de la responsabilité absolue et de l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne a pour effet de restreindre les droits conférés par l'art. 7 et viole donc à première vue cet article. En fait, dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, on reconnaît que dans tous les cas où l'État recourt à la restriction de la liberté, comme l'emprisonnement, pour assurer le respect de la loi, même si, comme dans ce renvoi, il ne s'agit que d'une simple infraction à une réglementation provinciale, la justice fondamentale exige que la présence d'un état d'esprit minimal chez l'accusé constitue un élément essentiel de l'infraction. De l'élément présumé qu'elle était dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, précité, la *mens rea* est ainsi devenue un élément requis par la Constitution. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, on ne précise pas le degré de *mens rea* qu'exige la Constitution pour chaque type d'infraction, mais on établit indirectement que, même dans le cas d'une infraction à une réglementation provinciale, la négligence est au moins requise, en ce sens que l'accusé qui risque d'être condamné à l'emprisonnement s'il est déclaré coupable doit toujours pouvoir au moins invoquer un moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable. Dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, le juge Dickson affirme, aux pp. 1309 et 1310:

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

ly, 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.

It may well be that, as a general rule, the principles of fundamental justice require proof of a subjective *mens rea* with respect to the prohibited act, in order to avoid punishing the "morally innocent". It must be remembered, however, that Dickson J. was dealing with the *mens rea* to be presumed in the absence of an express legislative disposition, and not the *mens rea* to be required in all legislation providing for a restriction on the accused's life, liberty or security of the person. In any event, this case involves criminal liability for the result of an intentional criminal act, and it is arguable that different considerations should apply to the mental element required with respect to that result. There are many provisions in the *Code* requiring only objective foreseeability of the result or even only a causal link between the act and the result. As I would prefer not to cast doubt on the validity of such provisions in this case, I will assume, but only for the purposes of this appeal, that something less than subjective foresight of the result may, sometimes, suffice for the imposition of criminal liability for causing that result through intentional criminal conduct.

But, whatever the minimum *mens rea* for the act or the result may be, there are, though very few in number, certain crimes where, because of the special nature of the stigma attached to a conviction therefor or the available penalties, the principles of fundamental justice require a *mens rea* reflecting the particular nature of that crime. Such is theft, where, in my view, a conviction requires proof of some dishonesty. Murder is another such offence. The punishment for murder is the most severe in our society and the stigma

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 condamnation 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.

^b Il se peut bien qu'en règle générale les principes de justice fondamentale exigent la preuve d'une *mens rea* subjective à l'égard de l'acte prohibé, afin d'éviter de punir «celui qui est moralement innocent». Il faut toutefois se rappeler que le juge Dickson traitait alors de la *mens rea* dont il faut présumer l'existence en l'absence d'une disposition législative expresse et non pas de la *mens rea* qu'il faut exiger dans tout texte législatif imposant une restriction à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne de l'accusé. Quoi qu'il en soit, dans la présente affaire il est question d'une responsabilité criminelle pour le résultat d'un acte criminel intentionnel et on peut faire valoir que des considérations différentes devraient s'appliquer à l'élément moral requis en ce qui concerne ce résultat. De nombreuses dispositions du *Code* n'exigent que la prévisibilité objective du résultat ou même seulement l'existence d'un lien de causalité entre l'acte et le résultat. Comme je préférerais en l'espèce éviter de mettre en doute la validité de telles dispositions, je vais présumer, mais pour les fins du présent pourvoi seulement, qu'en général un état d'esprit moindre que la prévision subjective du résultat peut parfois suffire pour entraîner la responsabilité criminelle de celui qui a provoqué ce résultat au moyen d'une conduite criminelle intentionnelle.

^h Cependant, quelle que soit la *mens rea* minimale requise pour l'acte ou le résultat, il existe, quoiqu'ils soient très peu nombreux, des crimes pour lesquels, en raison de la nature spéciale des stigmates qui se rattachent à une déclaration de culpabilité de ceux-ci ou des peines qui peuvent être imposées le cas échéant, les principes de justice fondamentale commandent une *mens rea* qui reflète la nature particulière du crime en question. Tel est le cas du vol dont, selon moi, on ne peut être déclaré coupable que s'il y a preuve d'une

that attaches to a conviction for murder is similarly extreme. In addition, murder is distinguished from manslaughter only by the mental element with respect to the death. It is thus clear that there must be some special mental element with respect to the death before a culpable homicide can be treated as a murder. That special mental element gives rise to the moral blameworthiness which justifies the stigma and sentence attached to a murder conviction. I am presently of the view that it is a principle of fundamental justice that a conviction for murder cannot rest on anything less than proof beyond a reasonable doubt of subjective foresight. Given the effect of this view on part of s. 212(c), for the reasons I have already given for deciding this case more narrowly, I need not and will not rest my finding that s. 213(d) violates the *Charter* on this view, because s. 213(d) does not, for reasons I will set out hereinafter, even meet the lower threshold test of objective foreseeability. I will therefore, for the sole purpose of this appeal, go no further than say that it is a principle of fundamental justice that, absent proof beyond a reasonable doubt of at least objective foreseeability, there surely cannot be a murder conviction.

certaine malhonnêteté. Le meurtre en est un autre exemple. La peine imposée pour le meurtre est la plus sévère que l'on trouve dans notre société et les stigmates qui se rattachent à une déclaration de culpabilité de meurtre sont tout aussi extrêmes. En outre, le meurtre ne se distingue de l'homicide involontaire coupable que par l'élément moral concernant la mort. Il est ainsi évident qu'il doit exister quelque élément moral spécial concernant la mort pour qu'un homicide coupable puisse être considéré comme un meurtre. Cet élément moral spécial engendre la réprobation morale qui justifie les stigmates et la sentence liés à une déclaration de culpabilité de meurtre. Je suis présentement d'avis qu'en vertu d'un principe de justice fondamentale la déclaration de culpabilité de meurtre ne saurait reposer sur quelque chose de moins que la preuve hors de tout doute raisonnable de la prévision subjective. Compte tenu de l'effet de ce point de vue sur une partie de l'al. 212c), pour les raisons que j'ai déjà données pour trancher cette affaire de façon plus étroite, il ne m'est pas nécessaire, et je m'abstiendrai de le faire, de fonder sur ce point de vue ma conclusion que l'al. 213d) viole la *Charte*, puisque l'al. 213d), pour les motifs énoncés ci-après, ne satisfait même pas au critère moindre de la prévisibilité objective. Par conséquent, je me contenterai de dire, pour les seules fins du présent pourvoi, que c'est un principe de justice fondamentale qu'en l'absence d'une preuve hors de tout doute raisonnable d'au moins une prévisibilité objective, il ne peut sûrement pas y avoir de déclaration de culpabilité de meurtre.

The Second Principle: s. 11(d) and the Burden of Persuasion

The presumption of innocence in s. 11(d) of the *Charter* requires at least that an accused be presumed innocent until his guilt has been proven beyond a reasonable doubt: *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at p. 357; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 120-21. This means that, before an accused can be convicted of an offence, the trier of fact must be satisfied beyond reasonable doubt of the existence of all of the essential elements of the offence. These essential elements include not only those set out by the legislature in the provision creating the offence but

Le second principe: l'al. 11d) et la charge de persuasion

i La présomption d'innocence de l'al. 11d) de la *Charte* exige au moins que l'accusé soit présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie hors de tout doute raisonnable: *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, à la p. 357, *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, aux pp. 120 et 121. Cela signifie que, pour qu'un accusé soit déclaré coupable d'une infraction, le juge des faits doit être convaincu hors de tout doute raisonnable de l'existence de tous les éléments essentiels de l'infraction. Ces éléments essentiels comprennent non seulement ceux énoncés par le législateur dans la

also those required by s. 7 of the *Charter*. Any provision creating an offence which allows for the conviction of an accused notwithstanding the existence of a reasonable doubt on any essential element infringes ss. 7 and 11(d).

Clearly, this will occur where the provision requires the accused to disprove on a balance of probabilities an essential element of the offence by requiring that he raise more than just a reasonable doubt. It is for this reason that this Court struck down the reverse onus provision in s. 8 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, in *Oakes, supra*.

Sections 7 and 11(d) will also be infringed where the statutory definition of the offence does not include an element which is required under s. 7. As Dickson C.J. wrote for the majority of the Court in *Oakes, supra*, at pp. 132-33:

In general one must, I think, conclude that a provision which requires an accused to disprove on a balance of probabilities the existence of a presumed fact, which is an important element of the offence in question, violates the presumption of innocence in s. 11(d). If an accused bears the burden of disproving on a balance of probabilities an essential element of an offence, it would be possible for a conviction to occur despite the existence of a reasonable doubt. This would arise if the accused adduced sufficient evidence to raise a reasonable doubt as to his or her innocence but did not convince the jury on a balance of probabilities that the presumed fact was untrue. [Emphasis added.]

It is clear from this passage that what offends the presumption of innocence is the fact that an accused may be convicted despite the existence of a reasonable doubt on an essential element of the offence, and I do not think that it matters whether this results from the existence of a reverse onus provision or from the elimination of the need to prove an essential element. With respect, the Nova Scotia Court of Appeal was thus clearly incorrect when it stated in *R. v. Bezanson* (1983), 8 C.C.C. (3d) 493, at p. 508:

disposition qui crée l'infraction, mais également ceux requis par l'art. 7 de la *Charte*. Toute disposition créant une infraction qui permet de déclarer un accusé coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément essentiel porte atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11d).

Manifestement, c'est le cas d'une disposition qui exige que l'accusé démontre, selon la prépondérance des probabilités, l'inexistence d'un élément essentiel de l'infraction en l'obligeant à soulever plus qu'un simple doute raisonnable. C'est pour ce motif que, dans l'arrêt *Oakes*, précité, la Cour a annulé la disposition portant inversion de la charge de la preuve, contenue à l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1.

Il y a aussi atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11d) lorsque la définition légale de l'infraction n'inclut pas un élément requis en vertu de l'art. 7. Comme l'affirme le juge en chef Dickson, au nom de la Cour à la majorité, dans l'arrêt *Oakes*, précité, aux pp. 132 et 133:

Je crois que, d'une manière générale, on doit conclure qu'une disposition qui oblige un accusé à démontrer selon la prépondérance des probabilités l'inexistence d'un fait présumé qui constitue un élément important de l'infraction en question, porte atteinte à la présomption d'innocence de l'al. 11d). S'il incombe à l'accusé de réfuter selon la prépondérance des probabilités un élément essentiel d'une infraction, une déclaration de culpabilité pourrait être prononcée en dépit de l'existence d'un doute raisonnable. Cela se présenterait si l'accusé produisait une preuve suffisante pour soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité, mais ne parvenait pas à convaincre le jury selon la prépondérance des probabilités que le fait présumé est inexact. [Je souligne.]

Il ressort clairement de ce passage que ce qui contrevient à la présomption d'innocence, c'est le fait qu'un accusé peut être déclaré coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément essentiel de l'infraction, et je ne crois pas qu'il importe que cela résulte de l'existence d'une disposition portant inversion de la charge de la preuve ou de l'élimination de la nécessité de faire la preuve d'un élément essentiel. Malgré tout le respect que je lui dois, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse était donc nettement dans l'erreur lorsqu'elle a déclaré ce qui suit dans l'arrêt *R. v. Bezanson* (1983), 8 C.C.C. (3d) 493, à la p. 508:

In my view, there was no attempt by Parliament to reverse the onus of proof under s. 213, and s. 11(d) of the Charter has no application. Parliament has not reversed the burden of proof, it has simply omitted what the appellant argues is an essential element from the definition of the offence so that no evidence is required at all on that issue.

The omission of an essential element does bring s. 11(d) into play.

Finally, the legislature, rather than simply eliminating any need to prove the essential element, may substitute proof of a different element. In my view, this will be constitutionally valid only if upon proof beyond reasonable doubt of the substituted element it would be unreasonable for the trier of fact not to be satisfied beyond reasonable doubt of the existence of the essential element. If the trier of fact may have a reasonable doubt as to the essential element notwithstanding proof beyond a reasonable doubt of the substituted element, then the substitution infringes ss. 7 and 11(d).

Given the first principle I have enunciated earlier and my assumption for the sole purpose of disposing of this appeal with respect to objective foreseeability, an accused cannot be found guilty of murder absent proof beyond a reasonable doubt of that element, and a murder provision which allows a conviction in the absence of proof beyond reasonable doubt of at least that essential element infringes ss. 7 and 11(d).

Application of the Principles to s. 213

The *mens rea* required for s. 213 consists of the *mens rea* for the underlying offence and the intent to commit one of the acts set forth in paras. (a) to (d) (*Swietlinski v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 956). Section 213 does not impose on the accused the burden of disproving objective foreseeability. Further, it does not completely exclude the need to prove any objective foreseeability. Rather, s. 213 has substituted for proof beyond a reasonable doubt of objective foreseeability, if that is the essential element, proof beyond a reasonable doubt

[TRADUCTION] À mon avis, le législateur n'a pas tenté d'inverser la charge de la preuve à l'art. 213, et l'al. 11d) de la Charte ne s'applique pas. Le législateur n'a pas inversé la charge de la preuve, il a simplement omis d'inclure ce qui, selon l'appelante, constitue un élément essentiel dans la définition de l'infraction de sorte qu'aucune preuve n'a à être soumise à ce sujet.

L'omission d'un élément essentiel fait entrer en jeu l'al. 11d).

Enfin, au lieu d'éliminer simplement la nécessité de faire la preuve d'un élément essentiel, le législateur peut remplacer cela par la preuve d'un élément différent. À mon sens, cela ne sera constitutionnel que si après que l'on a prouvé hors de tout doute raisonnable l'existence de l'élément ainsi substitué, il serait déraisonnable que le juge des faits ne soit pas convaincu hors de tout doute raisonnable de l'existence de l'élément essentiel. Si le juge des faits peut avoir un doute raisonnable quant à l'élément essentiel malgré la preuve hors de tout doute raisonnable qui a été faite de l'existence de l'élément substitué, alors la substitution contrevient à l'art. 7 et à l'al. 11d).

Compte tenu du premier principe que j'ai déjà énoncé et de l'hypothèse que j'ai formulée, pour les seules fins de trancher le présent pourvoi, quant à la prévisibilité objective, un accusé ne peut être déclaré coupable de meurtre en l'absence d'une preuve hors de tout doute raisonnable de cet élément, et une disposition relative au meurtre qui permet de déclarer une personne coupable en l'absence de la preuve hors de tout doute raisonnable d'au moins cet élément essentiel contrevient à l'art. 7 et à l'al. 11d).

Application des principes à l'art. 213

La *mens rea* requise dans le cas de l'art. 213 est celle requise pour l'infraction sous-jacente et l'intention de commettre l'un des actes énoncés aux al. a) à d) (*Swietlinski c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 956). L'article 213 n'impose pas à l'accusé la charge de prouver l'inexistence de la prévisibilité objective. En outre, il n'exclut pas complètement la nécessité de faire la preuve d'une prévisibilité objective. Plutôt, l'art. 213 a substitué à la preuve hors de tout doute raisonnable de la prévisibilité objective, à supposer que ce soit là l'élément essen-

of certain forms of intentional dangerous conduct causing death.

The question is, therefore, can Parliament make this substitution without violating ss. 7 and 11(d)? As I have discussed earlier, if Parliament frames the section so that, upon proof of the conduct, it would be unreasonable for a jury not to conclude beyond a reasonable doubt that the accused ought to have known that death was likely to ensue, then I think that Parliament has enacted a crime which is tantamount to one which has objective foreseeability as an essential element, and, if objective foreseeability is sufficient, then it would not be in violation of s. 7 or s. 11(d) in doing so in that way. The acid test of the constitutionality of s. 213 is this ultimate question: Would it be possible for a conviction for murder to occur under s. 213 despite the jury having a reasonable doubt as to whether the accused ought to have known that death was likely to ensue? If the answer is yes, then the section is *prima facie* in violation of ss. 7 and 11(d). I should add in passing that if the answer is no, then it would be necessary to decide whether objective foreseeability is sufficient for a murder conviction. However, because in my view the answer is yes and because I do not want to pass upon the constitutionality of s. 212(c) in this case, I will not address that issue.

To varying degrees it can be said that in almost any case a jury satisfied beyond a reasonable doubt that an accused has done one of the prohibited acts described in paras. (a) to (d) will be satisfied beyond a reasonable doubt that the accused ought to have known that death was likely to be caused. But not always. Indeed, as a first example, drunkenness would under certain circumstances leave the jury in doubt in that regard. The rule as regards the effect of drunkenness on objective foreseeability was unanimously laid down by this Court in *R. v. Vasil*, [1981] 1 S.C.R. 469, a murder prosecution under s. 212(c). This Court addressed the issue at some length and then summarized its conclusion as follows, *per* Lamer J. at pp. 500-501:

iel, la preuve hors de tout doute raisonnable de certains types de conduite intentionnelle dangereuse causant la mort.

a La question qui se pose est donc de savoir si le législateur peut effectuer cette substitution sans violer l'art. 7 et l'al. 11d). Comme je l'ai dit antérieurement, si le législateur formule la disposition de manière que, une fois établie l'existence de la conduite, il serait déraisonnable que le jury ne conclue pas hors de tout doute raisonnable que l'accusé aurait dû savoir que la mort était susceptible de s'ensuivre, alors j'estime qu'il crée un crime dont la prévisibilité objective constitue un élément essentiel et, si cette prévisibilité objective est suffisante, alors il ne viole pas l'art. 7 ni l'al. 11d) en le faisant de cette manière. L'épreuve décisive de la constitutionnalité de l'art. 213 réside dans cette question ultime: Une déclaration de culpabilité de meurtre aux termes de l'art. 213 pourrait-elle être prononcée même si le jury avait un doute raisonnable pour ce qui est de déterminer si l'accusé aurait dû savoir que la mort était susceptible de s'ensuivre? Si la réponse est oui, alors la disposition viole à première vue l'art. 7 et l'al. 11d). J'ajouterais en passant que si la réponse est non, alors il serait nécessaire de déterminer si la prévisibilité objective est suffisante pour déclarer quelqu'un coupable de meurtre. Toutefois, parce que j'estime que la réponse est oui et parce que je ne veux pas examiner la constitutionnalité de l'al. 212c) en l'espèce, je n'aborderai pas cette question.

g On peut dire que, dans presque tous les cas, le jury convaincu hors de tout doute raisonnable qu'un accusé a accompli l'un des actes décrits aux al. a) à d) sera convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé aurait dû savoir que la mort était susceptible de s'ensuivre. Mais cela ne vaut pas pour tous les cas. En fait, comme premier exemple, l'ivresse aurait pour effet, dans certaines circonstances, de laisser planer un doute dans l'esprit du jury à cet égard. La règle applicable quant à l'effet de l'ivresse sur la prévisibilité objective a été énoncée par la Cour à l'unanimité dans *R. c. Vasil*, [1981] 1 R.C.S. 469, une affaire de poursuite pour meurtre intentée en vertu de l'al. 212c). La Cour a examiné cette question assez longuement pour ensuite résumer ainsi sa conclusion (le juge Lamer, aux pp. 500 et 501):

(5) Whilst the test under 212(c) is objective and the behaviour of the accused is to be measured by that of the reasonable man, such a test must nevertheless be applied having regard, not to the knowledge a reasonable man would have had of the surrounding circumstances that allegedly made the accused's conduct dangerous to life, but to the knowledge the accused had of those circumstances;

(6) As a result, drunkenness, though not relevant in the determination of what a reasonable man, with the knowledge the accused had of those circumstances, would have anticipated, is relevant in the determination of the knowledge which the accused had of those circumstances.

It is clear to me that under s. 213 as drafted there will be cases where the effect of drunkenness on an accused's knowledge of the circumstances would leave a jury with a reasonable doubt as to whether the accused ought to have known of the likelihood of death ensuing, even though it has been proven beyond a reasonable doubt that the accused actually did one of the acts described under paras. (a) to (d).

A second example, and this case amply illustrates the point, is the accused who is brought into s. 213 not as a principal but through the operation of s. 21(2) of the *Criminal Code*. In *R. v. Trinneer*, [1970] S.C.R. 638, this Court had the opportunity to consider the combined operation of ss. 21(2) and 213 (s. 202 at the time). Cartwright C.J., delivering the judgment of the Court, stated at pp. 645-46.

At the risk of repetition, it is my opinion that on the true construction of s. 202 and s. 21(2) as applied to the circumstances of this case it was necessary to support a verdict of guilty against the respondent that the Crown should establish (i) that it was in fact a probable consequence of the prosecution of the common purpose of the respondent and Frank to rob Mrs. Vollet that Frank for the purpose of facilitating the commission of the robbery would intentionally cause bodily harm to Mrs. Vollet, (ii) that it was known or ought to have been known to the respondent that such consequence was probable and (iii) that in fact Mrs. Vollet's death ensued from the bodily harm. It was not necessary for the Crown to establish that the respondent knew or ought to have known that it was probable that Mrs. Vollet's death would ensue. [Emphasis added.]

(5) Bien que le critère applicable à l'al. 212c) soit objectif et que le comportement de l'accusé doive être apprécié par rapport à celui d'une personne raisonnable, il faut toutefois appliquer ce critère en tenant compte, non pas de la connaissance qu'une personne raisonnable aurait des circonstances concomitantes qui ont, selon l'accusation, rendu le comportement de l'accusé dangereux pour la vie, mais de la connaissance que l'accusé avait de ces circonstances;

b (6) En conséquence, bien que l'ivresse ne soit pas pertinente pour déterminer ce qu'une personne raisonnable, ayant la même connaissance que l'accusé de ces circonstances, aurait prévu, elle est pertinente pour déterminer la connaissance que l'accusé avait de ces circonstances.

c Il me semble clair que, selon le texte de l'art. 213, il y aura des cas où, en raison de l'effet de l'ivresse de l'accusé sur sa connaissance des circonstances, le jury aura un doute raisonnable pour ce qui est de déterminer si l'accusé aurait dû savoir que la mort était susceptible de s'ensuivre, même s'il a été prouvé hors de tout doute raisonnable que l'accusé a vraiment accompli l'un des actes décrits aux al. a) à d).

f Un second exemple, et la présente affaire illustre très bien ce point, est celui de la personne qui est accusée en vertu de l'art. 213 non pas à titre d'auteur principal, mais par application du par. 21(2) du *Code criminel*. Dans *R. c. Trinneer*, [1970] R.C.S. 638, cette Cour a eu l'occasion d'examiner l'effet conjugué du par. 21(2) et de l'art. 213 (l'art. 202 à l'époque). Le juge en chef Cartwright, prononçant l'arrêt de la Cour, affirme aux pp. 645 et 646:

h Au risque de me répéter, je suis d'avis que selon l'interprétation correcte des art. 202 et 21(2) dans leur application aux circonstances de cette affaire, il fallait, pour étayer un verdict de culpabilité contre l'intimé, que la poursuite établisse: (i) que c'était en fait une conséquence probable de l'exécution du projet commun de l'intimé et de Frank de détrousser M^{me} Vollet que, pour faciliter la perpétration de ce vol qualifié, Frank cause-rait intentionnellement des lésions corporelles à M^{me} Vollet; (ii) que l'intimé savait ou aurait dû savoir qu'une telle conséquence était probable; et (iii) qu'en fait la mort de M^{me} Vollet a résulté des lésions corporelles. Il n'était pas nécessaire que la poursuite établisse que l'intimé savait ou aurait dû savoir que la mort de M^{me} Vollet en résulterait probablement. [Je souligne.]

It is clear that an accused can be convicted of murder under the combined operation of ss. 21(2) and 213 in circumstances where the death was not objectively foreseeable. As section 21(2) requires proof of objective foreseeability, the culprit, in my view, must be s. 213.

These two examples suffice, in my view, for one to conclude that notwithstanding proof beyond a reasonable doubt of the matters set forth in paras. (a) to (d) a jury could reasonably be left in doubt as regards objective foreseeability of the likelihood that death be caused. In other words, s. 213 will catch an accused who performs one of the acts in paras. (a) to (d) and thereby causes a death but who otherwise would have been acquitted of murder because he did not foresee and could not reasonably have foreseen that death would be likely to result. For that reason, s. 213 *prima facie* violates ss. 7 and 11(d). It is thus not necessary to decide whether objective foreseeability is sufficient for murder as s. 213 does not even meet that standard. This takes us to s. 1 for the second phase of the constitutional inquiry.

Section I

Finding that s. 213 of the *Criminal Code* infringes ss. 7 and 11(d) of the *Charter* does not end the inquiry on the constitutional validity of s. 213. Any or all of paras. (a) to (d) of s. 213 can still be upheld as a reasonable limit "demonstrably justified in a free and democratic society" under s. 1 of the *Charter*.

In this case and at this stage of the inquiry, we need only consider para. (d) of s. 213. The criteria to be assessed under s. 1 have been set out by this Court in several cases, particularly *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, and *R. v. Oakes*, *supra*. First, the objective which the measures are designed to serve must be "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom" (*Big M Drug Mart*,

Il est clair qu'un accusé peut être déclaré coupable de meurtre par application conjuguée du par. 21(2) et de l'art. 213, dans des circonstances où la mort n'était pas prévisible objectivement. Comme le par. 21(2) exige la preuve de la prévisibilité objective, j'estime que le problème qui se pose se situe au niveau de l'art. 213.

Ces deux exemples sont, à mon avis, suffisants pour conclure que, nonobstant la preuve hors de tout doute raisonnable des choses énoncées aux al. a) à d), un jury pourrait raisonnablement être laissé dans le doute en ce qui concerne la prévisibilité objective que la mort serait susceptible de s'ensuivre. En d'autres termes, l'art. 213 s'appliquera à un accusé qui accomplit l'un des actes décrits aux al. a) à d) et qui cause, de ce fait, la mort mais qui, par ailleurs, aurait été acquitté de l'accusation de meurtre parce qu'il n'a pas prévu et ne pouvait raisonnablement prévoir que la mort serait susceptible de résulter. C'est pour cette raison que l'art. 213 viole à première vue l'art. 7 et l'al. 11d). Il n'est donc pas nécessaire de déterminer si la prévisibilité objective est suffisante dans le cas d'un meurtre, étant donné que l'art. 213 ne satisfait même pas à cette norme. Ceci nous amène à l'article premier pour la seconde phase de l'examen de la constitutionnalité.

f L'article premier

La conclusion que l'art. 213 du *Code* enfreint l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* ne met pas fin à l'examen de la constitutionnalité de l'art. 213. Il est encore possible de juger valides l'un ou l'autre ou la totalité des al. a) à d) de l'art. 213, comme constituant une limite raisonnable «dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique», au sens de l'article premier de la *Charte*.

En l'espèce et à ce stade de l'examen, nous n'avons qu'à tenir compte de l'al. 213d). Les critères à retenir aux fins de l'article premier ont été énoncés par cette Cour dans plusieurs arrêts, notamment *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, et *R. c. Oakes*, précité. Il faut d'abord que l'objectif que les mesures sont destinées à atteindre soit «suffisamment important [...] pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté

supra, at p. 352). Through s. 213(d) of the *Code*, Parliament intended to deter the use or carrying of a weapon in the commission of certain offences, because of the increased risk of death. In my view, it is clear that this objective is sufficiently important.

In addition, the measures adopted must be reasonable and demonstrably justified. The measures adopted appear to be rationally connected to the objective: indiscriminately punishing for murder all those who cause a death by using or carrying a weapon, whether the death was intentional or accidental, might well be thought to discourage the use and the carrying of weapons. I believe, however, that the measures adopted would unduly impair the rights and freedoms in question (see *Big M Drug Mart, supra*, at p. 352). It is not necessary to convict of murder persons who did not intend or foresee the death and who could not even have foreseen the death in order to deter others from using or carrying weapons. If Parliament wishes to deter the use or carrying of weapons, it should punish the use or carrying of weapons. A good example of this is the minimum imprisonment for using a firearm in the commission of an indictable offence under s. 83 of the *Criminal Code*. In any event, the conviction for manslaughter which would result instead of a conviction for murder is punishable by, from a day in jail, to confinement for life in a penitentiary. Very stiff sentences when weapons are involved in the commission of the crime of manslaughter would sufficiently deter the use or carrying of weapons in the commission of crimes. But stigmatizing the crime as murder unnecessarily impairs the *Charter* right.

In my view, therefore, s. 213(d) of the *Code* is not saved by s. 1.

garantis par la Constitution» (*Big M Drug Mart*, précité, à la p. 352). Le législateur a voulu, au moyen de l'al. 213d) du *Code*, dissuader d'utiliser une arme ou d'en être muni lors de la perpétration de certaines infractions, en raison du risque accru de causer la mort. À mon avis, il est évident qu'il s'agit là d'un objectif suffisamment important.

b De plus, les mesures adoptées doivent être raisonnables et leur justification doit pouvoir se démontrer. Il semble y avoir un lien rationnel entre ces mesures et l'objectif visé: on pourrait bien penser que le fait de punir indistinctement pour meurtre toutes les personnes qui causent la mort d'une autre personne en utilisant une arme ou en étant munies d'une telle arme, peu importe que la mort ait été causée délibérément ou accidentellement, a pour effet de dissuader d'utiliser une arme ou d'en être muni. J'estime cependant que les mesures adoptées porteraient indûment atteinte aux droits et aux libertés en question (voir *Big M Drug Mart*, précité, à la p. 352). Il n'est pas nécessaire, pour dissuader d'autres personnes de se servir d'armes ou d'en être munies, de déclarer coupables de meurtre des personnes qui n'ont pas voulu ni prévu causer la mort et qui n'auraient même pas pu prévoir qu'elle résulterait. Si le législateur souhaite dissuader les gens d'utiliser une arme ou d'en être munis, il devrait punir l'usage ou le port d'une arme. Un bon exemple de cela est la peine d'emprisonnement minimale que prescrit l'art. 83 du *Code criminel* pour l'usage d'une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel. De toute façon, l'accusé qui serait déclaré coupable d'homicide involontaire coupable au lieu de meurtre serait passible d'une peine pouvant aller d'une journée de prison à la réclusion à perpétuité dans un pénitencier. L'imposition de sentences très sévères dans les cas où une arme a été utilisée en perpétrant le crime d'homicide involontaire coupable dissuaderait suffisamment d'utiliser une arme ou d'en être muni lors de la perpétration d'un crime. Mais le fait de qualifier ce crime de meurtre porte atteinte inutilement au droit conféré par la *Charte*.

j J'estime donc que l'al. 213d) du *Code* n'est pas sauvagardé par l'article premier.

Conclusion

As a result of the foregoing, I would answer the first constitutional question in the affirmative, as s. 213(d) violates both s. 7 and s. 11(d) of the *Charter*, and I would declare s. 213(d) of the *Criminal Code* to be of no force or effect. I would, for the reasons which I have given, decline to answer the second constitutional question. It follows that the appeal must be allowed, the appellant's conviction for murder set aside, and a new trial ordered.

The reasons of Beetz and Le Dain JJ. were delivered by

BEETZ J.—For the reasons given by Justice Lamer and Justice La Forest, I agree that s. 213(d) of the *Criminal Code* does not conform to the principles of fundamental justice entrenched in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and cannot be saved under s. 1. I also agree with Lamer J. that s. 213(d) of the *Code* violates s. 11(d) of the *Charter* and cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

Given these conclusions, I do not find it necessary to decide whether there exists a principle of fundamental justice that a conviction for murder cannot rest on anything less than proof beyond a reasonable doubt of subjective foresight.

I would dispose of the appeal in the manner proposed by Lamer J. and answer the first constitutional question as he does. I would also decline to answer the second constitutional question.

The following are the reasons delivered by

MCINTYRE J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the reasons for judgment in this appeal prepared by my colleague, Lamer J. I find myself unable to agree with his disposition of the appeal and, with the greatest respect for his view on the matter, I would dismiss the appeal and answer both constitutional questions in the negative.

Conclusion

Compte tenu de ce qui précède, je suis d'avis de répondre par l'affirmative à la première question constitutionnelle, vu que l'al. 213d) viole à la fois l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*, et de déclarer inopérant l'al. 213d) du *Code criminel*. Pour les raisons que j'ai données, je m'abstiens de répondre à la seconde question constitutionnelle. Il s'ensuit qu'il faut accueillir le pourvoi, annuler le verdict de culpabilité de meurtre rendu contre l'appelant et ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Version française des motifs des juges Beetz et Le Dain rendus par

LE JUGE BEETZ—Pour les raisons données par les juges Lamer et La Forest, je suis d'accord pour dire que l'al. 213d) du *Code criminel* n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale enracinés dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'il ne peut être sauvégarde en vertu de l'article premier. Je suis également d'accord avec le juge Lamer pour dire que l'al. 213d) du *Code* viole l'al. 11d) de la *Charte* et qu'il ne saurait être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Étant donné ces conclusions, je ne juge pas nécessaire de déterminer s'il existe un principe de justice fondamentale portant qu'une déclaration de culpabilité de meurtre ne saurait reposer sur quelque chose de moins que la preuve hors de tout doute raisonnable d'une prévision subjective.

g Je suis d'avis de statuer sur le pourvoi de la manière proposée par le juge Lamer et de donner la même réponse que lui à la première question constitutionnelle. Je suis également d'avis de ne pas répondre à la seconde question constitutionnelle.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCINTYRE (dissident)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement que mon collègue le juge Lamer a rédigés en l'espèce. Je suis incapable d'accepter la manière dont il tranche le pourvoi et, en toute déférence pour son opinion sur la question, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre par la négative aux deux questions constitutionnelles.

My colleague has set out the facts of the case. They need not be repeated here. It is evident as well from his reasons that, save for the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, he is in agreement that the appellant would be properly convicted of murder under the combined effect of s. 21(2) and s. 213(d) of the *Criminal Code*. He would allow the appeal essentially on the basis that a conviction for murder which will result in the deprivation of liberty or security of the person of the accused can only be upheld if, in accordance with the terms of s. 7 of the *Charter*, it is procured in accordance with the principles of fundamental justice. While Parliament has the power to define the elements of a crime, in his view the courts must now review that definition to insure that it is in accordance with the principles of fundamental justice. These principles would require that there be no murder conviction without proof of a *mens rea* of at least objective foreseeability of death. Such foreseeability is not a necessary requirement under s. 213(d) of the *Code*.

I am not prepared to accept the proposition that s. 213(d) of the *Criminal Code* admits of a conviction for murder without proof of objective foreseeability of death or the likelihood of death, but in the view I take of this case it is not necessary to reach a firm conclusion on that point. The Crown sought the conviction of Vaillancourt on the basis of the interaction of s. 21(2) and s. 213(d) of the *Code*. For the Crown to succeed in such a prosecution, it would be required to prove that the accused and another had formed an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein. In addition, in the circumstances of this case, the Crown would be required to prove that the appellant knew or ought to have known that his associate was armed with a pistol and would, if necessary, use it during the commission of the offence or the attempt to commit the offence, or during his flight after committing or attempting to commit the offence, and that as a consequence a death occurred: see *R. v. Munro and Munro* (1983), 8 C.C.C. (3d) 260 (*per* Martin J.A.), at p. 301, and the pre-*Charter* case in this Court in *R. v. Trinneer*, [1970] S.C.R. 638.

Mon collègue a exposé les faits de l'affaire. Point n'est besoin de les répéter ici. Il ressort également de ses motifs que, sous réserve de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il est d'accord pour dire que l'appelant serait à juste titre déclaré coupable de meurtre en vertu de l'effet conjugué du par. 21(2) et de l'al. 213d) du *Code criminel*. Il est d'avis d'accueillir le pourvoi essentiellement pour le motif que la déclaration de culpabilité de meurtre qui porte atteinte au droit de l'accusé à la liberté ou à la sécurité de sa personne ne peut être maintenue que si, conformément aux termes de l'art. 7 de la *Charte*, elle respecte les principes de justice fondamentale. Bien que le législateur ait le pouvoir de définir les éléments d'un crime, les tribunaux, à son avis, doivent maintenant examiner cette définition pour s'assurer qu'elle est conforme aux principes de justice fondamentale. Suivant ces principes, il ne peut y avoir de déclaration de culpabilité de meurtre sans preuve d'une *mens rea* consistant en au moins une prévisibilité objective de la mort. Cette prévisibilité n'est pas une exigence nécessaire en vertu de l'al. 213d) du *Code*.

Je ne suis pas disposé à faire mienne la thèse selon laquelle l'al. 213d) du *Code criminel* permet qu'il y ait déclaration de culpabilité de meurtre sans preuve d'une prévisibilité objective que la mort serait causée ou pourrait l'être, mais, compte tenu du point de vue que j'adopte en l'espèce, il n'est pas nécessaire de tirer une conclusion définitive sur ce point. La poursuite a demandé que Vaillancourt soit déclaré coupable en vertu de l'interaction du par. 21(2) et de l'al. 213d) du *Code*. Pour réussir, la poursuite doit prouver que l'accusé et une autre personne ont formé l'intention commune de réaliser un objectif illégal et de s'entraider pour y arriver. Dans les circonstances de l'espèce, la poursuite doit en outre prouver que l'appelant savait ou aurait dû savoir que son complice était armé d'un pistolet et que, si nécessaire, il l'utiliserait pendant qu'il commettait ou tentait de commettre l'infraction, ou au cours de sa fuite après avoir commis ou tenté de commettre l'infraction, et que la mort d'une personne en a été la conséquence: voir l'arrêt *R. v. Munro and Munro* (1983), 8 C.C.C. (3d) 260 (le juge Martin), à la p. 301, et l'arrêt de cette Cour antérieur à la *Charte*, *R. c. Trinneer*, [1970] R.C.S. 638.

It must be recognized at the outset that Parliament has decided that the possession and use of weapons, particularly firearms, in the course of the commission of offences is a gravely aggravating factor. Experience has shown that the presence of firearms leads to personal injury and loss of life. Parliament has chosen to term a killing arising in the circumstances described here as "murder". In *R. v. Munro and Munro, supra*, Martin J.A., speaking for the Ontario Court of Appeal (Arnup, Martin and Houlden JJ.A.), said this, at p. 293:

Under the provisions of s. 213(d) liability for murder attaches if death ensues as a consequence of the use of the weapon or as a consequence of the possession of a weapon which he has on his person. Manifestly, s. 213(d) is very stringent, but it is equally obvious that Parliament intended to create a stringent basis of liability where death ensued as a consequence of the use or possession of a weapon which the offender has upon his person during the commission or attempted commission of certain offences or the offender's flight after the commission or attempted commission of the offence. It is clear that Parliament intended to provide a strong deterrent to the carrying of weapons in the commission of certain crimes because of the high risk to life which experience has shown attends such conduct.

The principal complaint in this case is not that the accused should not have been convicted of a serious crime deserving of severe punishment, but simply that Parliament should not have chosen to call that crime "murder". No objection could be taken if Parliament classified the offence as manslaughter or a killing during the commission of an offence, or in some other manner. As I have observed before (see *R. v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225, at p. 251), while it may be illogical to characterize an unintentional killing as murder, no principle of fundamental justice is offended only because serious criminal conduct, involving the commission of a crime of violence resulting in the killing of a human being, is classified as murder and not in some other manner. As Martin J.A. said in *R. v. Munro and Munro, supra*, at p. 301:

a Il faut reconnaître dès le départ que le législateur a décidé que la possession et l'usage d'une arme, en particulier d'une arme à feu, pendant la perpétration d'une infraction sont des facteurs très aggravants. L'expérience a démontré que la présence d'armes à feu entraîne des blessures corporelles et des pertes de vie. Le législateur a choisi d'appeler «meurtre» l'homicide commis dans les circonstances décrites en l'espèce. Dans l'arrêt *R. v. Munro and Munro*, précité, le juge Martin, s'exprimant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Arnup, Martin et Houlden), affirme à la p. 293:

b [TRADUCTION] En vertu des dispositions de l'al. 213d), l'accusé est coupable de meurtre si la mort est la conséquence de l'usage de l'arme ou de la possession d'une arme qu'il a sur sa personne. L'alinéa 213d) est manifestement très strict, mais il est également évident que le législateur a voulu créer un motif strict de responsabilité lorsque la mort découle de l'usage ou de la possession d'une arme que le contrevenant a sur sa personne pendant qu'il commet ou tente de commettre certaines infractions ou au cours de sa fuite après avoir commis ou tenté de commettre l'infraction. Il est évident que le législateur a voulu décourager fortement le port d'armes pendant la perpétration de certains crimes à cause du danger élevé qui, l'expérience le démontre, en résulte pour la vie.

c L'argument principal en l'espèce n'est pas que l'accusé n'aurait pas dû être déclaré coupable d'un crime grave qui mérite une peine sévère, mais simplement que le législateur n'aurait pas dû choisir d'appeler ce crime un «meurtre». On ne saurait s'objecter si le législateur avait classé l'infraction comme homicide involontaire coupable ou homicide commis pendant la perpétration d'une infraction, ou de quelque autre manière. Comme je l'ai déjà souligné (voir *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225, à la p. 251), bien qu'il puisse être illogique de qualifier de meurtre l'homicide involontaire, aucun principe de justice fondamentale n'est violé du seul fait qu'une conduite criminelle grave comportant la perpétration d'un crime violent qui entraîne la mort d'un être humain, soit qualifiée de meurtre et non de quelque autre manière. Comme le juge Martin l'a dit dans l'arrêt *R. v. Munro and Munro*, précité, à la p. 301:

This legislation has frequently been criticized as being harsh, but that is a matter for Parliament and not for the courts.

I would refer, as well, to the words found in A. W. Mewett and M. Manning, *Criminal Law* (2nd ed. 1985), at pp. 544-45:

Section 213 and the concept of constructive murder have been much criticized and, in fact, abolished in many jurisdictions. The criticism is that it imposes liability for murder in situations where death was not intended nor even, in some cases, foreseen. But murder is a legal concept; it does not have to be defined in terms of intentional killing, and even under s. 212 the definition is not this narrow. The policy behind s. 213 is to put the risk of killing a victim during the course of the commission of certain offences upon the offender to a higher degree than if it were merely classified as manslaughter. In any case, with the present distinction between murder punishable by death and murder punishable by life imprisonment now abolished, much of the criticism loses its force. It was the thought of someone being executed for a non-intended homicide that led to the feeling that the definition of murder should somehow be limited to the old common law concept of "murder with malice aforethought".

As has been noted, the appellant's conviction is based on a combination of s. 21(2) and s. 213(d) of the *Criminal Code*. There was in this case evidence of active participation in the commission of the robbery, the underlying offence, and the terms of s. 21(2) were fully met. It must be accepted that the section gives expression to a principle of joint criminal liability long accepted and applied in the criminal law. I am unable to say upon what basis one could exempt conduct which attracts criminal liability, under s. 213 of the *Criminal Code*, from the application of that principle. In *R. v. Munro and Munro, supra*, Martin J.A. said, at p. 301:

Patently, Parliament has decided that the carrying of weapons during the commission of certain crimes, such as robbery, so manifestly endangers the lives of others, that one who joins a common purpose to commit one of the specified offences and who knows or ought to know

[TRADUCTION] On a souvent dit que cette disposition est dure, mais il s'agit là d'une question qui relève du législateur et non des tribunaux.

a Je renvoie également aux propos tenus dans l'ouvrage de A. W. Mewett et M. Manning, *Criminal Law* (2nd ed. 1985), aux pp. 544 et 545:

[TRADUCTION] L'article 213 et la notion de meurtre par imputation ont fait l'objet de nombreuses critiques et, en réalité, plusieurs juridictions ont aboli cette notion. On la critique pour le motif qu'elle impose une responsabilité de meurtre dans des situations où la mort n'a pas été voulue ni même, dans certains cas, prévue. Mais le meurtre est une notion juridique; il n'est pas nécessaire de le définir comme étant un homicide intentionnel, et même en vertu de l'art. 212 la définition n'est pas aussi stricte. Suivant le principe qui sous-tend l'art. 213, le risque de tuer une personne au cours de la perpétration de certaines infractions doit peser plus lourdement sur les épaules du contrevenant que s'il s'agissait simplement d'un homicide involontaire coupable. Quoi qu'il en soit, puisque la distinction entre un meurtre punissable de mort et un meurtre punissable d'emprisonnement à perpétuité est maintenant abolie, une bonne partie de ces critiques perd de sa force. C'est la pensée que quelqu'un pourrait être exécuté pour un homicide non intentionnel, qui a amené à croire que la définition de meurtre devait d'une façon ou d'une autre être limitée à l'ancienne notion de *common law* qu'était le «meurtre avec malice intentionnelle».

f Comme je l'ai souligné, la déclaration de culpabilité de l'appelant est fondée sur l'effet conjugué du par. 21(2) et de l'al. 213d) du *Code criminel*. En l'espèce, il y avait preuve de la participation active à la perpétration du vol qualifié, l'infraction sous-jacente, et les conditions du par. 21(2) étaient parfaitement remplies. Il faut accepter que la disposition exprime un principe de responsabilité criminelle conjointe depuis longtemps accepté et appliqué en droit criminel. Je ne vois pas comment on pourrait soustraire à l'application de ce principe une conduite qui, en vertu de l'art. 213 du *Code criminel*, entraîne une responsabilité criminelle. *i* Dans l'arrêt *R. v. Munro and Munro*, précité, le juge Martin affirme à la p. 301:

[TRADUCTION] Manifestement, le législateur a décidé que le port d'armes au cours de la perpétration de certains crimes, comme le vol qualifié, met si clairement en danger la vie d'autrui que celui qui participe à l'objectif commun de perpétrer l'une des infractions

that his accomplice has upon his person a weapon which he will use if needed, must bear the risk if death, in fact, ensues as a consequence of the use or possession of the weapon during the commission of one of the specified offences or during the flight of the offender after the commission or attempted commission of the underlying offence . . .

In my view, Martin J.A. has stated the policy considerations which have motivated Parliament in this connection and I would not interfere with the Parliamentary decision. I would, therefore, dismiss the appeal and answer the two constitutional questions in the negative.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the judgment of Lamer J. and would dispose of the appeal in the manner proposed by him. I am in agreement with him that because of the stigma attached to a conviction for murder, the principles of fundamental justice require a *mens rea* reflecting the particular nature of that crime, namely one referable to causing death. In addition to the intention to cause death, this can include a closely related intention such as intention to cause bodily harm likely to result in death combined with recklessness as to that result. Whether and how much further the intention can be extended it is not necessary to explore for the purposes of this case. It is sufficient to say that the mental element required by s. 213(d) of the *Criminal Code* is so remote from the intention specific to murder (which intention is what gives rise to the stigma attached to a conviction for that crime) that a conviction under that paragraph violates fundamental justice. All the provision requires is an intention to commit another crime and to possess a weapon while carrying out this intention or in fleeing afterwards. The provision is so broad that under it a person may be found guilty of murder even though the death was the result of an accident. This occurred in *Rowe v. The King*, [1951] S.C.R. 713, and more extreme examples can easily be imagined. The section is thus not only remote from the *mens rea* specific to murder, but even removes its *actus reus* as traditionally defined; see I. Grant and A. W. MacKay, "Constructive

spécifiées et qui sait ou devrait savoir que son complice a sur sa personne une arme qu'il emploiera si nécessaire, doit en assumer les conséquences si, en fait, la mort découle de l'usage ou de la possession de cette arme pendant la perpétration d'une des infractions spécifiées ou au cours de la fuite du contrevenant après la perpétration ou la tentative de perpétration de l'infraction sous-jacente . . .

À mon avis, le juge Martin a formulé les considérations de principe qui ont motivé le législateur à cet égard et je ne m'ingérerai pas dans la décision du législateur. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre par la négative aux deux questions constitutionnelles.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement du juge Lamer et je suis d'avis de trancher le pourvoi de la façon qu'il propose. Je suis d'accord avec lui pour dire qu'en raison des stigmates liés à une déclaration de culpabilité de meurtre, les principes de justice fondamentale exigent une *mens rea* qui reflète la nature particulière de ce crime, savoir une qui se rapporte au fait de causer la mort. Outre l'intention de causer la mort, cela peut inclure une intention très proche comme celle de causer des lésions corporelles de nature à causer la mort, sans se soucier que la mort en résulte ou non. Il n'est pas nécessaire, pour les fins de l'espèce, de se demander si cette intention peut être élargie davantage et dans quelle mesure elle peut l'être. Il suffit de dire que l'élément moral requis par l'al. 213d) du *Code criminel* est si éloigné de l'intention spécifique de commettre un meurtre (laquelle intention est à l'origine des stigmates liés à une déclaration de culpabilité de ce crime) qu'une déclaration de culpabilité rendue en vertu de cet alinéa est contraire à la justice fondamentale. Tout ce qu'exige cette disposition, c'est l'intention de commettre un autre crime et d'être muni d'une arme en mettant à exécution cette intention ou en s'envoyant après coup. La disposition est de portée si générale qu'elle permet de déclarer une personne coupable de meurtre même si la mort a été causée accidentellement. C'est ce qui s'est produit dans *Rowe v. The King*, [1951] R.C.S. 713, et il est facile d'imaginer des exemples plus extrêmes. La

Murder and the Charter: In Search of Principle" (1987), 25 *Alta. L. Rev.* 129.

As my colleague notes, the objective of discouraging the use of weapons in the commission of crimes can be achieved by means other than attaching the stigma of a conviction for murder to a person who has caused death in the circumstances like those described in the provision.

Appeal allowed and new trial ordered, MCINTYRE J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Michel Marchand, Montréal.

Solicitor for the respondent: Bernard Laprade, Montréal.

Solicitor for the intervenor: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

disposition est donc non seulement loin d'exiger la *mens rea* spécifique au meurtre, mais elle va encore jusqu'à supprimer son *actus reus* au sens traditionnel; voir I. Grant et A. W. MacKay, «Constructive Murder and the Charter: In Search of Principle» (1987), 25 *Alta. L. Rev.* 129.

Comme le fait observer mon collègue, l'objectif de dissuader d'utiliser des armes en commettant des crimes peut être atteint autrement que par l'imposition du stigmate de la déclaration de culpabilité de meurtre à une personne qui a causé la mort dans des circonstances comme celles décrites dans la disposition.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, le juge MCINTYRE est dissident.

Procureur de l'appelant: Michel Marchand, Montréal.

Procureur de l'intimée: Bernard Laprade, Montréal.

Procureur de l'intervenant: Le ministère du Procureur général, Toronto.