

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Arthur Thomas Tutton *Respondent*

and

Carol Anne Tutton *Respondent*

INDEXED AS: R. v. TUTTON

File No.: 19284.

1987: November 10; 1989: June 8.

Present: Dickson C.J. and Beetz*, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Criminal negligence — Necessaries of life — Manslaughter — Diabetic child dying after insulin withdrawn by parents — Parents' action motivated by belief that son cured by Divine intervention — Belief in faith healing part of parents' religious convictions — Whether or not parents guilty of causing death through criminal negligence — Whether or not objective standard or subjective standard to be used in determining if wanton or reckless disregard for life or safety of others — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 197(1), (2), 202(1), 205(1), (2), (3), (4), (5), 219.

Respondents were parents of a five-year-old diabetic. They believed in faith healing but their religious convictions did not prevent them from seeking and acting on medical advice or from taking medicines. As the result of the intentional withholding of prescribed insulin upon the belief that the child had been miraculously cured, the child died.

Respondents were charged with causing their son's death by criminal negligence in that they denied him the necessaries of life without lawful excuse and thereby committed manslaughter. They raised the defence of an honest although mistaken belief in the existence of a circumstance which would render their conduct non-culpable. Respondents were convicted of manslaughter and appealed to the Court of Appeal which set aside the

* Beetz, Estey and Le Dain JJ. took no part in the judgment.

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

Arthur Thomas Tutton *Intimé*

a

et

Carol Anne Tutton *Intimée*

b

RÉPERTORIÉ: R. C. TUTTON

N° du greffe: 19284.

1987: 10 novembre; 1989: 8 juin.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz*, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain*, La Forest et L'Heureux-Dubé.

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

d

Droit criminel — Négligence criminelle — Choses nécessaires à la vie — Homicide involontaire coupable — Mort d'un enfant diabétique après l'arrêt par ses parents des injections d'insuline — Action des parents motivée par la croyance que leur fils avait été guéri par l'intervention divine — Les convictions religieuses des parents comprenaient la croyance en la guérison par la foi — Les parents sont-ils coupables d'avoir causé la mort par négligence criminelle? — Doit-on utiliser une norme objective ou une norme subjective pour déterminer s'il y a eu insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 197(1), (2), 202(1), 205(1), (2), (3), (4), (5), 219.

e

Les intimés étaient les parents d'un enfant diabétique âgé de cinq ans. Ils croyaient en la guérison par la foi mais leurs convictions religieuses ne les empêchaient pas de rechercher et de suivre des avis médicaux ni de prendre des médicaments. L'enfant est mort à la suite du retrait intentionnel de l'insuline prescrite, parce que les parents croyaient que l'enfant avait été miraculeusement guéri.

h

Les intimés ont été accusés d'avoir causé la mort de leur fils par négligence criminelle en ayant omis de fournir, sans excuse légitime, les choses nécessaires à l'existence, commettant ainsi un homicide involontaire coupable. Ils ont invoqué la défense de la croyance sincère bien qu'erronée en l'existence de circonstances qui, si elles étaient présentes, rendraient leur conduite non coupable. Les intimés ont été déclarés coupables

* Les juges Beetz, Estey et Le Dain n'ont pas pris part au jugement.

convictions and directed new trials. This appeal was taken by leave.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Wilson and La Forest JJ.: The imposition of criminal liability in the absence of proof of a blameworthy state of mind, either as an inference from the nature of the act committed or by other evidence, does not sit comfortably with the principles of penal liability and fundamental justice. A serious criminal offence, absent clear statutory language and purpose to the contrary, should not be interpreted as an absolute liability offence. Rather, the presumption should be in favour of some degree of mental blameworthiness if the text and purpose can support such an interpretation.

Section 202 of the *Criminal Code* is notorious in its ambiguity; its interpretation depends on which words are emphasized. Given its fundamental ambiguity, it should be given the interpretation most consonant not only with its text and purpose but also, where possible, with the broader concepts and principles of the criminal law.

The phrase “wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons” signifies more than gross negligence in the objective sense. It requires some degree of awareness or advertence to the threat to the lives or safety of others or alternatively a wilful blindness to that threat which is culpable in light of the gravity of the risk assumed.

Conduct that displays a wanton or reckless disregard for the lives or safety of others will constitute the *actus reus* of the offence under s. 202 and be *prima facie* evidence of the accused’s blameworthy state of mind. A person functioning with normal faculties of awareness and engaging in a grave departure from the norm can be assumed to be either aware of the risk or wilfully blind to it. Proof of the conduct will cast an evidentiary burden on the accused to explain why the inference should not be drawn.

Malice or intent in the sense of a mind directed to a purpose is not an element of s. 202. The fact that an accused may desire or calculate that his purpose can be achieved without the realization of the risk does not relieve the accused of liability under s. 202 if he either adverted to or became aware of the risk or closed his eyes to the reality of it.

d’homicide involontaire coupable et ont fait appel à la Cour d’appel qui a annulé les déclarations de culpabilité et ordonné de nouveaux procès. Le pourvoi est interjeté sur autorisation.

a Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Wilson et La Forest: Un verdict de responsabilité criminelle en l’absence de la preuve d’un état d’esprit répréhensible, qu’on y parvienne en raison de la nature de l’acte commis ou d’une autre preuve, est une anomalie qui s’accorde mal avec les règles de la responsabilité pénale et de la justice fondamentale. Une grave infraction criminelle, en l’absence de dispositions et d’intention législatives contraires non ambiguës, ne devrait pas être interprétée comme une infraction de responsabilité absolue. Il faut plutôt présumer la nécessité d’un certain état d’esprit répréhensible si le libellé et l’objet de l’article se prêtent à une telle interprétation.

d L’article 202 du Code criminel est d’une ambiguïté notoire et son interprétation dépend des mots sur lesquels on insiste. Compte tenu de son ambiguïté fondamentale, il convient de lui donner l’interprétation la plus conforme non seulement à son texte et à son objet, mais aussi, dans la mesure du possible, celle qui s’accorde le mieux avec les concepts et les principes plus larges du droit criminel.

f Les mots «insouciance déréglée ou téméraire à l’égard de la vie ou de la sécurité d’autrui» désignent davantage que la négligence grave, au sens objectif du terme. Ils exigent un certain degré de conscience du danger pour la vie ou la sécurité d’autrui ou, subsidiairement, un aveuglement délibéré à l’égard de ce danger, qui est coupable étant donné la gravité du risque prohibé.

g La conduite qui montre une insouciance déréglée ou téméraire à l’égard de la vie ou de la sécurité d’autrui constitue l’actus reus de l’infraction prévue à l’art. 202, et elle est la preuve prima facie de l’état d’esprit répréhensible de l’accusé. On peut supposer que quiconque est normalement conscient et a une conduite représentant une dérogation aussi grave à la norme, est conscient du danger ou refuse délibérément de le voir. La preuve de la conduite imposera à l’accusé l’obligation d’expliquer en preuve pourquoi il n’y a pas lieu de faire cette inférence.

i La malveillance ou l’intention, au sens de la pensée qui tend vers un but, n’est pas un élément de l’art. 202. Le fait que l’accusé puisse souhaiter ou estimer qu’il pourra atteindre son but sans que le danger se concrétise, ne le libère pas de sa responsabilité en vertu de l’art. 202, s’il a envisagé le danger ou s’il a délibérément fermé les yeux sur l’existence de ce danger.

This Court has established that the criminal negligence prohibited under s. 202 is advertent negligence. The case for the adoption of an objective standard of liability is not strong enough to justify a departure from established principles. Before overruling a previous decision, the Court should consider the introduction of the *Charter*, the alteration of a precedent in later authorities, the creation of uncertainty by the continued existence of the precedent and whether overturning the precedent will expand the range of criminal liability and work to the detriment of the accused. A departure from established principles is not justified in this case.

Proof of the mental element of advertence to the risk or wilful blindness to the risk will not undermine the policy objectives of s. 202. The subjective test would at most offer protection for those who due to some peculiarity or unexpected accident commit conduct which, although wanton or reckless with respect to the lives and safety of others, can be explained as inconsistent with any degree of awareness of or wilful blindness to such a risk.

A subjective interpretation of s. 202 does not render superfluous the role of manslaughter within the scheme of the *Code's* homicide provisions. The murder provisions will in general be available only if a higher degree of intent is proven than awareness of or wilful disregard of a risk to the lives or safety of others.

Constitutional issues did not arise in this case, and constitutional considerations would not be precluded if a case involving constitutionality were to arise.

Per McIntyre and L'Heureux-Dubé JJ.: An objective test must be used in determining criminal negligence. It is the conduct of the accused, not his intention or mental state, which is examined. No distinction should be made between any acts of commission or omission. Section 202 clearly applies to a person who is negligent in doing anything or in omitting to do anything that is his duty and shows a wanton or reckless disregard for the lives or safety of others.

Negligence is a factor that may lead to criminal liability. It connotes the opposite of thought-directed action and precludes the element of positive intent to achieve a given result. Section 202, therefore, restrains

Cette Cour a établi que la négligence criminelle prohibée en vertu de l'art. 202 est la négligence consciente. Les arguments en faveur de l'adoption d'un critère objectif de responsabilité ne sont pas assez forts pour qu'il soit justifié de s'écarter des principes établis. Avant de passer outre à une de ses décisions antérieures, la Cour devrait prendre en considération l'adoption de la *Charte*, l'affaiblissement d'un précédent dans des décisions ultérieures, l'incertitude créée par la survivance de ce dernier, et la question de savoir si l'infirmité du précédent augmentera l'étendue de la responsabilité criminelle au détriment de l'accusé. Il n'est pas en l'espèce justifié d'écarter les principes établis.

La preuve de l'élément moral de conscience du risque ou d'aveuglement volontaire à l'égard de ce risque ne mettra pas en danger les objectifs de principe de l'art. 202. La norme subjective pourrait tout au plus protéger ceux qui, en raison de quelque particularité ou d'un accident imprévu, adoptent une conduite qui, tout en montrant une insouciance déréglée ou téméraire pour la vie ou la sécurité d'autrui, peut s'expliquer comme étant incompatible avec un degré quelconque de conscience d'un tel risque ou un aveuglement volontaire à cet égard.

Une interprétation subjective de l'art. 202 ne rend pas superflu le rôle de l'homicide involontaire coupable dans l'ensemble constitué par les dispositions du *Code* concernant l'homicide. Les dispositions relatives au meurtre n'entreront en jeu, en règle générale, que dans les cas où est prouvé un degré plus élevé d'intention que la conscience d'un danger pour la vie ou la sécurité d'autrui, ou un aveuglement volontaire à son égard.

Aucune question constitutionnelle n'a été soulevée en l'espèce, et la question de la constitutionnalité pourrait être examinée dans un cas où une telle question serait posée.

Les juges McIntyre et L'Heureux-Dubé: Un critère objectif doit être appliqué en matière de négligence criminelle. C'est la conduite de l'accusé, par opposition à son intention ou son état d'esprit, qui est étudiée. Il n'y a pas lieu de faire une distinction entre les actions et les omissions. L'article 202 s'applique clairement à une personne qui est négligente en faisant quelque chose ou en omettant de faire quelque chose qu'il est de son devoir d'accomplir et montre une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui.

La négligence est un des facteurs susceptibles d'entraîner la responsabilité criminelle. Elle implique le contraire de l'acte réfléchi et exclut l'intention positive de parvenir à un résultat donné. Donc l'art. 202 interdit

conduct and its results; it punishes the consequence of mindless action and not the state of mind.

The application of the objective test under s. 202 may not be made in a vacuum. The surrounding circumstances and the accused's perception of those facts must be considered in order to determine whether or not his conduct was reasonable. Where an offence rests on the concept of negligence, honestly held belief in circumstances which would afford a defence must, to be effective, be reasonably held.

Here, the jury should consider respondents' belief that their son had been cured by Divine intervention in light of the whole background of the case in order to determine if it was honest and reasonable. The jury would then have to determine if their conduct represented a marked and significant departure from the standard to be observed by reasonably prudent parents.

Per Lamer J.: The reasons of McIntyre J. were agreed with, subject to certain considerations. Firstly, the application of the objective norm in s. 202 of the *Criminal Code* must make generous allowance for factors particular to the accused such as youth, mental development and education. Further, Parliament did not determine the nature of the negligence required to ground criminal liability when enacting s. 202 but merely defined the expression "criminal negligence" wherever used in the *Code*. Finally, the constitutionality of s. 205(5)(b) was not in issue in this case. Assuming without now deciding that it is a principle of fundamental justice that knowledge of a likely risk or deliberate ignorance thereof (foresight or wilful blindness) is an essential element of the offence of manslaughter, the issue as to whether proof of the substituted element of "criminal negligence" as defined by Parliament and interpreted by this Court satisfies the test set out in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, does not arise. This constitutional consideration is not to be precluded by concurrence in McIntyre J.'s decision.

Cases Cited

By Wilson J.

Considered: *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *O'Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804; *Arthurs v. The Queen*, [1974] S.C.R. 287; **referred to:** *Beaver v. The Queen*, [1957] S.C.R. 531; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R.

une façon d'agir, et ses conséquences; il punit les conséquences d'une action irréfléchie et non un état d'esprit.

L'application d'un critère objectif aux termes de l'art. 202 ne peut se faire dans le vide. Les circonstances propres à l'espèce et la perception de l'accusé des faits en question doivent être prises en considération pour décider si la conduite était ou non raisonnable. Si l'infraction reprochée repose sur le concept de la négligence, une croyance sincèrement entretenue qui constituerait un moyen de défense doit, pour avoir cet effet, être également entretenue de façon raisonnable.

En l'espèce, le jury devrait prendre en considération la croyance que l'enfant avait été guéri par l'intervention divine, en tenant compte de tout l'historique de l'affaire, afin de déterminer si elle était sincère et raisonnable. Le jury aurait alors à décider si la conduite des accusés représentait une dérogation marquée et importante à la norme à laquelle on peut s'attendre chez des parents raisonnablement prudents.

Le juge Lamer: Le juge Lamer souscrit aux motifs du juge McIntyre, sous réserve de quelques observations. Tout d'abord, pour appliquer le critère objectif édicté à l'art. 202 du *Code criminel*, il faut tenir largement compte de facteurs propres à l'accusé comme sa jeunesse, son développement intellectuel et son niveau d'instruction. De plus, le législateur n'entendait pas préciser la nature de la négligence nécessaire pour fonder la responsabilité pénale, en édictant l'art. 202; il y a seulement défini le sens de l'expression «négligence criminelle» partout où elle apparaît dans le *Code*. Enfin, la constitutionnalité de l'al. 205(5)b) n'est pas en cause en l'espèce. En fait, si l'on suppose, sans en décider ici, qu'il existe un principe de justice fondamentale selon lequel la connaissance d'un risque probable ou son ignorance délibérée (la prévision ou l'aveuglement volontaire) constitue un élément essentiel de l'infraction d'homicide involontaire coupable, ne se pose pas alors la question de savoir si la preuve de l'élément substitué qu'est la «négligence criminelle», telle que définie par le législateur et interprétée par cette Cour, satisfait au critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636. L'accord avec la décision du juge McIntyre n'empêchera pas l'examen de cette question constitutionnelle.

Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

Arrêts examinés: *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *O'Grady v. Sparling*, [1960] R.C.S. 804; *Arthurs c. La Reine*, [1974] R.C.S. 287; **arrêts mentionnés:** *Beaver v. The Queen*, [1957] R.C.S. 531; *Pappajohn c. La Reine*, [1980], 2 R.C.S. 120; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *R. c. Robertson*, [1987] 1

918; *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618; *Mann v. The Queen*, [1966] S.C.R. 238; *Binus v. The Queen*, [1967] S.C.R. 594; *Peda v. The Queen*, [1969] S.C.R. 905; *Commissioner of Police of the Metropolis v. Caldwell*, [1982] A.C. 341; *R. v. Lawrence*, [1982] A.C. 510; *Leblanc v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 339; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Sharp* (1984), 12 C.C.C. (3d) 428; *R. v. Vasil*, [1981] 1 S.C.R. 469; *R. v. Hill*, [1986] 1 S.C.R. 313; *R. v. Quin*, [1988] 2 S.C.R. 825; *R. v. Stevens*, [1988] 1 S.C.R. 1153.

By McIntyre J.

Distinguished: *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; **referred to:** *R. v. Waite* (1986), 28 C.C.C. (3d) 326, aff'd [1989] 1 S.C.R. 1436.

By Lamer J.

Referred to: *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 197(1)(a), (2)(a), 202(1), (2), 203, 204, 205(1), (2), (3), (4), (5), 212(a), (b), (c), 213, 219, 233.

Authors Cited

Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*. Toronto: Carswells, 1986.

Colvin, Eric. "Recklessness and Criminal Negligence" (1982), 32 *U. of T. L.J.* 345.

Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston: Little, Brown, 1978.

Fletcher, George P. "The Theory of Criminal Negligence: A Comparative Analysis," 119 *U. Pa. L.R.* 401 (1971).

Hart, H. L. A. "Negligence, *Mens Rea* and Criminal Responsibility," in *Oxford Essays in Jurisprudence*. Edited by A. G. Guest. London: Oxford University Press, 1961.

O'Hearn, P. J. T. "Criminal Negligence: An Analysis in Depth" (1964-65), 7 *Crim. L.Q.* 27.

Pickard, Toni. "Culpable Mistakes and Rape: Relating *Mens Rea* to the Crime" (1980), 30 *U. of T. L.J.* 75.

Stalker, Anne. "Can George Fletcher Help Solve The Problem of Criminal Negligence" (1982), 7 *Queens L.J.* 274.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987.

Williams, Glanville. *Criminal Law: The General Part*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1961.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1985), 18 C.C.C. (3d) 328, setting

R.C.S. 918; *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618; *Mann v. The Queen*, [1966] R.C.S. 238; *Binus v. The Queen*, [1967] R.C.S. 594; *Peda v. The Queen*, [1969] R.C.S. 905; *Commissioner of Police of the Metropolis v. Caldwell*, [1982] A.C. 341; *R. v. Lawrence*, [1982] A.C. 510; *Leblanc c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 339; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. v. Sharp* (1984), 12 C.C.C. (3d) 428; *R. c. Vasil*, [1981] 1 R.C.S. 469; *R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313; *R. c. Quin*, [1988] 2 R.C.S. 825; *R. c. Stevens*, [1988] 1 R.C.S. 1153.

^a

Citée par le juge McIntyre

^b

Distinction d'avec les arrêts: *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; **arrêt mentionné:** *R. v. Waite* (1986), 28 C.C.C. (3d) 326, conf. par [1989] 1 R.C.S. 1436.

^c

Citée par le juge Lamer

Arrêt mentionné: *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636.

^d

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 197(1)a), (2)a), 202(1), (2), 203, 204, 205(1), (2), (3), (4), (5), 212a), b), c), 213, 219, 233.

^e

Doctrine citée

Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*. Toronto: Carswells, 1986.

Colvin, Eric. «Recklessness and Criminal Negligence» (1982), 32 *U. of T. L.J.* 345.

Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston: Little, Brown, 1978.

Fletcher, George P. «The Theory of Criminal Negligence: A Comparative Analysis,» 119 *U. Pa. L.R.* 401 (1971).

Hart, H. L. A. «Negligence, *Mens Rea* and Criminal Responsibility,» in *Oxford Essays in Jurisprudence*. Edited by A. G. Guest. London: Oxford University Press, 1961.

O'Hearn, P. J. T. «Criminal Negligence: An Analysis in Depth» (1964-65), 7 *Crim. L.Q.* 27.

Pickard, Toni. «Culpable Mistakes and Rape: Relating *Mens Rea* to the Crime» (1980), 30 *U. of T. L.J.* 75.

Stalker, Anne. «Can George Fletcher Help Solve The Problem of Criminal Negligence» (1982), 7 *Queens L.J.* 274.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987.

Williams, Glanville. *Criminal Law: The General Part*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1961.

^f

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1985), 18 C.C.C. (3d) 328, qui a

aside convictions by Salhany Co. Ct. J. sitting with jury and ordering a new trial. Appeal dismissed.

W. J. Blacklock and Kenneth L. Campbell, for the appellant.

Andrew Kerekes, for the respondent Arthur Thomas Tutton.

Irwin Koziembrocki, for the respondent Carol Anne Tutton.

The judgment of Dickson C.J. and Wilson and La Forest JJ. was delivered by

WILSON J.—I have had the benefit of the reasons of my colleagues Justices McIntyre and Lamer and I agree with them that the appeal should be dismissed and a new trial ordered because the trial judge's charge failed to make clear to the jury that the Crown had the burden to prove all the elements of the offence of manslaughter by criminal negligence. I do not, however, agree with my colleagues' conclusion that criminal negligence under s. 202 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, consists only of conduct in breach of an objective standard and does not require the Crown to prove that the accused had any degree of guilty knowledge. I also have reservations concerning the approach my colleagues suggest is available in order to relieve against the harshness of the objective standard of liability which they find in s. 202 and to ensure that the morally innocent are not punished for the commission of serious criminal offences committed through criminal negligence.

The facts and the judgments below are fully set out in the judgment of my colleague McIntyre J. I wish only to emphasize two points. The respondents' defence in this case centred around their claim of honest but mistaken belief as to the nature of their son's condition. Although the respondents were aware that their son was a diabetic who needed regular insulin injections, they claimed that because of their religious convictions

annulé les déclarations de culpabilité prononcées par le juge Salhany de la Cour de comté, siégeant avec jury, et a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

W. J. Blacklock et Kenneth L. Campbell, pour l'appelante.

Andrew Kerekes, pour l'intimé Arthur Thomas Tutton.

Irwin Koziembrocki, pour l'intimée Carol Anne Tutton.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Wilson et La Forest rendu par

LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges McIntyre et Lamer et, comme eux, j'estime que le pourvoi doit être rejeté et qu'un nouveau procès doit être ordonné parce que, dans son exposé, le juge du procès n'a pas dit clairement au jury que le ministère public était tenu de faire la preuve de tous les éléments de l'homicide involontaire coupable par négligence criminelle. Cependant, je ne suis pas d'accord avec la conclusion de mes collègues que la négligence criminelle au sens de l'art. 202 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, consiste uniquement en une conduite contraire à un critère objectif et que le ministère public n'a pas à prouver à cet égard l'existence, chez l'accusé, d'un quelconque degré de connaissance coupable. J'ai aussi des réserves quant à la façon dont il serait possible, selon mes collègues, d'atténuer la dureté du critère objectif de la responsabilité qu'ils voient à l'art. 202 et de s'assurer que les personnes moralement innocentes ne seront pas punies pour la perpétration d'infractions criminelles graves commises par négligence criminelle.

Les motifs de mon collègue le juge McIntyre exposent de façon complète les faits et les jugements des tribunaux d'instance inférieure, aussi je m'en tiendrai à souligner deux points. La défense des intimés en l'espèce se fondait essentiellement sur ce qu'ils affirmaient être leur opinion sincère mais erronée quant à la nature de la maladie de leur fils. Bien que les intimés aient su que leur fils était diabétique et devait recevoir régulièrement

they sincerely believed that he had been cured by divine intervention and were unaware of the serious nature of his illness following the withdrawal of insulin. For example, in a statement provided to the police shortly after her son's death from the complications of diabetic hyperglycemia the respondent Carol Anne Tutton stated:

Complete faith in Jesus and obedience to the word of God is the reason for our decision to cease giving Chris insulin. Since I have accepted Jesus as my personal Saviour and Lord. He has revealed himself to me in vision and spoke in words of his own that Christopher is healed and further that complete faith in Him not man's doctrine or shall I say the world's teachings will bring forth the manifestation of this healing. Standing on the promises of God and His holy Word 100%, Wednesday, October 14, 1981 I did not administer Christopher insulin. Thursday and Wednesday Christopher ate, played normally although Thursday evening he became sick to his stomach. Friday I kept him home from school and he kept liquids in his stomach. Saturday morning until approximately 1:00 PM he was resting comfortably. I left him to make myself a sandwich about five perhaps ten minutes, rechecked him and found him to be not breathing. My husband administered mouth to mouth resuscitation until the police department arrived about five minutes later.

The second point which I wish to emphasize is that the Ontario Court of Appeal ((1985), 18 C.C.C. (3d) 328) would not have applied an objective standard of liability in this case. Dubin J.A. stated at p. 345:

I do not think, however, that a loving and caring parent who omits to seek medical assistance because of the honest but mistaken belief that his or her child was not in need of such assistance should be found to have shown a wanton or reckless disregard for its life or safety merely because it can be said that reasonable parents would have responded otherwise, or even that in omitting to seek medical assistance, there was a marked and substantial departure from the standard of care of reasonable parents. In such a case, I think a distinction should be made between acts of commission and acts of omission and, in the latter case, a subjective test should be used.

des injections d'insuline, ils ont affirmé qu'en raison de leurs convictions religieuses, ils croyaient sincèrement qu'il avait été guéri grâce à l'intervention divine et qu'ils n'étaient pas conscients de la gravité de son état à la suite du retrait de l'insuline. Ainsi, dans une déposition que la police a recueillie peu après la mort de son fils des suites de l'hyperglycémie diabétique, l'intimée Carol Anne Tutton a déclaré ce qui suit:

[TRADUCTION] C'est notre entière foi en Jésus et en la parole de Dieu qui nous a incités à retirer l'insuline à Chris, car je reconnais en Jésus mon Sauveur et mon Maître. Il s'est manifesté à moi dans une vision et il a révélé en ses propres termes que Christopher était guéri, et de plus qu'une foi entière en sa Personne et non dans la doctrine des hommes, ou devrais-je dire dans les enseignements du monde, fournira la manifestation de sa guérison. Croyant entièrement aux promesses de Dieu et à Sa Sainte Parole, le mercredi 14 octobre 1981, je n'ai pas donné d'insuline à Christopher. Les jeudi et mercredi, Christopher a mangé et joué normalement, bien que jeudi soir, il ait eu la nausée. Vendredi, je ne l'ai pas envoyé à l'école, et il a conservé les liquides ingurgités. Samedi matin, jusque vers 13 heures, il a reposé confortablement. Je l'ai quitté de cinq à dix minutes pour me faire un sandwich, je suis allée le voir et j'ai constaté qu'il ne respirait pas. Mon mari lui a fait le bouche-à-bouche jusqu'à l'arrivée de la police, environ cinq minutes plus tard.

Le second point que je tiens à souligner est que la Cour d'appel de l'Ontario ((1985), 18 C.C.C. (3d) 328) n'aurait pas appliqué en l'espèce un critère objectif de responsabilité. Le juge Dubin, de la Cour d'appel, a dit à la p. 345:

[TRADUCTION] Toutefois, je ne crois pas qu'un parent affectueux et attentionné qui ne procure pas à son enfant des soins médicaux parce qu'il croit honnêtement mais à tort que ce dernier n'en a pas besoin devrait être considéré comme montrant une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui simplement parce que l'on peut dire que des parents raisonnables auraient agi autrement, ou même qu'en omettant de fournir des soins médicaux, les parents en question ont dérogé de façon marquée et importante à ce que l'on est en droit d'attendre de parents raisonnables. Dans de telles circonstances, je crois qu'il y ait lieu d'établir une distinction entre les actions et les omissions et, dans le second cas, un critère subjectif doit s'appliquer.

The Court of Appeal concluded that the trial judge erred in instructing the jury that no *mens rea* was required for the crime of manslaughter by means of criminal negligence. Dubin J.A. stated at pp. 349-50:

In this case, from the portion of the judge's charge which I have reproduced above, the jury could not have helped but be under the impression that a departure from the standard of care of reasonable parents constituted a wanton or reckless disregard for the life or safety of Christopher. Throughout, the test given was purely an objective one. In the portion of the charge that I have reproduced, no other definition of wanton or reckless was provided to the jury.

In my opinion, for a conviction of manslaughter in this case, the jury had to be satisfied that the appellants, in failing to administer insulin and/or to seek timely medical assistance, knew that there was a risk to the life or safety of Christopher and unjustifiably took that risk, or closed their minds to any such risk out of a disregard for his life or safety. It would have been open to the jury in this case to conclude, notwithstanding the protestations of the parents, that they knew that Christopher had not been cured, particularly having regard to what had transpired the year before, and that they knew that there was a risk of harm in their failure to continue the administration of insulin.

It would also have been open to the jury to reject the parents' testimony as to the child's condition following the withdrawal of insulin, and to conclude that it was apparent to them that he needed medical assistance at that time.

Thus, in considering the state of mind of the appellants, the jury were entitled to take into consideration all the evidence. What reasonable parents might have done under the circumstances is only relevant in determining the state of mind of the appellants. But unless they were satisfied that the parents actually knew of the risk of harm, or that they completely closed their minds to it out of a disregard for the life or safety of Christopher, the jury could not convict of manslaughter.

For convenience, I reproduce here the relevant sections of the *Criminal Code*:

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

La Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en disant au jury que la *mens rea* n'était pas nécessaire pour qu'il y ait homicide involontaire coupable par négligence criminelle. Le juge Dubin a dit aux pp. 349 et 350:

[TRADUCTION] Dans cette affaire, les jurés ne pouvaient qu'avoir l'impression, d'après l'extrait précité de l'exposé au jury, que la dérogation à ce que l'on est en droit d'attendre de parents raisonnables constituait une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité de Christopher. Tout au long, le critère énoncé était purement objectif. Dans l'extrait que j'ai cité, aucune autre définition des adjectifs «déréglée» ou «téméraire» n'a été donnée aux jurés.

À mon avis, pour que les accusés soient reconnus coupables d'homicide involontaire coupable en l'espèce, il fallait que le jury soit convaincu que les appelants, en omettant d'administrer de l'insuline ou de rechercher des soins médicaux en temps utile, ou l'un et l'autre, savaient qu'ils mettaient ainsi en danger la vie ou la sécurité de Christopher et qu'ils ont pris ce risque sans justification, ou ont refusé de voir ce danger en raison de leur insouciance à l'égard de la vie ou de la sécurité de leur enfant. Il aurait été loisible au jury en l'espèce de conclure, en dépit des protestations des parents, que ceux-ci savaient que Christopher n'avait pas été guéri, particulièrement en raison de ce qui s'était passé l'année précédente, et qu'ils savaient que le retrait de l'insuline présentait un danger.

Il aurait aussi été loisible aux jurés de rejeter le témoignage des parents sur l'état de leur enfant à la suite du retrait de l'insuline, et de conclure qu'il était évident qu'il avait besoin de soins médicaux à ce moment.

Donc, en examinant l'état d'esprit des appelants, le jury était en droit de prendre en considération tous les éléments de preuve. Ce qu'auraient pu faire des parents raisonnables dans les circonstances n'est pertinent que pour déterminer l'état d'esprit des appelants. Mais à moins d'être convaincus que les parents connaissaient réellement le danger possible, ou qu'ils ont complètement refusé de le voir en raison de leur insouciance à l'égard de la vie ou de la sécurité de Christopher, les jurés ne pouvaient rendre un verdict d'homicide involontaire coupable.

Pour des raisons de commodité, je cite ici les articles applicables du *Code criminel*:

197. (1) Toute personne est légalement tenue

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

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

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

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

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

202. (1) Every one is criminally negligent who

(a) in doing anything, or

(b) in omitting to do anything that it is his duty to do,

shows wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons.

205. (1) A person commits homicide when, directly or indirectly, by any means, he causes the death of a human being.

(2) Homicide is culpable or not culpable.

(3) Homicide that is not culpable is not an offence.

(4) Culpable homicide is murder or manslaughter or infanticide.

(5) A person commits culpable homicide when he causes the death of a human being,

(a) by means of an unlawful act,

(b) by criminal negligence,

(c) by causing that human being, by threats or fear of violence or by deception, to do anything that causes his death, or

(d) by wilfully frightening that human being, in the case of a child or sick person.

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

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

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

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

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

202. (1) Est coupable de négligence criminelle quiconque,

a) en faisant quelque chose, ou

b) en omettant de faire quelque chose qu'il est de son devoir d'accomplir,

montre une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui.

205. (1) Commet un homicide, quiconque, directement ou indirectement, par quelque moyen, cause la mort d'un être humain.

(2) L'homicide est coupable ou non coupable.

(3) L'homicide qui n'est pas coupable ne constitue pas une infraction.

(4) L'homicide qui est coupable est le meurtre, l'homicide involontaire coupable ou l'infanticide.

(5) Une personne commet un homicide coupable lorsqu'elle cause la mort d'un être humain,

a) au moyen d'un acte illégal,

b) par négligence criminelle,

c) en portant cet être humain, par des menaces ou la crainte de quelque violence, ou par la supercherie, à faire quelque chose qui cause sa mort, ou

d) en effrayant volontairement cet être humain, dans le cas d'un enfant ou d'une personne malade.

219. Every one who commits manslaughter is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

I wish to deal first with the implications of my colleagues' approach in this case. By concluding that s. 202 of the *Criminal Code* prohibits conduct and the consequences of mindless action absent any blameworthy state of mind, they have, in effect, held that the crime of criminal negligence is an absolute liability offence. Conviction follows upon proof of conduct which reveals a marked and substantial departure from the standard expected of a reasonably prudent person in the circumstances regardless of what was actually in the accused's mind at the time the act was committed.

I take as the point of commencement the following statement of Justice Dickson (as he then was) in *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, 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 recklessly, with knowledge of the facts constituting the offence, or with wilful blindness toward them. Mere negligence is excluded from the concept of the mental element required for conviction. Within the context of a criminal prosecution a person who fails to make such enquiries as a reasonable and prudent person would make, or who fails to know facts he should have known, is innocent in the eyes of the law.

In sharp contrast, "absolute liability" entails conviction on proof merely that the defendant committed the prohibited act constituting the *actus reus* of the offence. There is no relevant mental element. It is no defence that the accused was entirely without fault. He may be morally innocent in every sense, yet be branded as a malefactor and punished as such.

This Court made clear in *Sault Ste. Marie* and other cases that the imposition of criminal liability in the absence of proof of a blameworthy state of mind, either as an inference from the nature of the act committed or by other evidence, is an anomaly which does not sit comfortably with the principles of penal liability and fundamental justice: see also *Beaver v. The Queen*, [1957] S.C.R. 531, *Pap-*

219. Quiconque commet un homicide involontaire coupable se rend coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité.

a Je tiens à traiter tout d'abord de l'incidence du point de vue de mes collègues en l'espèce. En concluant que l'art. 202 du *Code criminel* prohibe une certaine façon d'agir ainsi que les conséquences d'une action irréfléchie en l'absence de tout état d'esprit répréhensible, ils ont en fait statué que l'acte criminel qu'est la négligence criminelle est une infraction de responsabilité absolue. La preuve d'une conduite qui révèle une dérogation marquée et importante à ce que l'on est en droit d'attendre d'une personne raisonnablement prudente dans les circonstances justifiera un verdict de culpabilité, indépendamment de l'état d'esprit réel de l'accusé au moment où l'acte a été commis.

d Je prends pour point de départ les propos suivants du juge Dickson (tel était alors son titre) dans l'arrêt *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, aux pp. 1309 et 1310:

e Dans le cas d'une infraction criminelle, le ministère public doit établir un élément moral, savoir, que l'accusé qui a commis l'acte prohibé l'a fait intentionnellement ou sans se soucier des conséquences, en étant conscient des faits constituant l'infraction ou en refusant volontairement de les envisager. L'élément moral exigé pour qu'il y ait 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.

h Par contre la «responsabilité absolue» entraîne condamnation sur la simple preuve que le défendeur a commis l'acte prohibé qui constitue l'*actus reus* de l'infraction. Aucun élément moral n'est nécessaire. On ne peut plaider que l'accusé n'a commis aucune faute. Il peut être moralement innocent sous tous rapports et malgré cela être traité de criminel et puni comme tel.

i Cette Cour a dit clairement dans l'arrêt *Sault Ste-Marie* et dans d'autres décisions qu'un verdict de responsabilité criminelle en l'absence de la preuve d'un état d'esprit répréhensible, qu'on y parvienne en raison de la nature de l'acte commis ou d'une autre preuve, est une anomalie qui s'accorde mal avec les règles de la responsabilité pénale et de la justice fondamentale: voir aussi les

pajohn v. The Queen, [1980] 2 S.C.R. 120, *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570, and *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918. This is particularly so in the case of offences carrying a substantial term of imprisonment which by their nature, severity and attendant stigma are true criminal offences aimed at punishing culpable behaviour as opposed to securing the public welfare. In the absence of clear statutory language and purpose to the contrary, this Court should, in my view, be most reluctant to interpret a serious criminal offence as an absolute liability offence. As Dickson J. stated in *Sault Ste. Marie* at p. 1326:

Offences of absolute liability would be those in respect of which the Legislature had made it clear that guilt would follow proof merely of the proscribed act. The overall regulatory pattern adopted by the Legislature, the subject matter of the legislation, the importance of the penalty, and the precision of the language used will be primary considerations in determining whether the offence falls into the third category.

In this case there can be no doubt that we are dealing with a serious criminal offence. The appellants are charged with committing manslaughter by criminal negligence. Under s. 219 of the *Criminal Code* then in force they are liable to imprisonment for life. Other offences committed by means of criminal negligence are also serious. For example, causing death by criminal negligence is an indictable offence under s. 203 of the *Code* carrying with it a liability to life imprisonment. Causing bodily harm by criminal negligence is an indictable offence under s. 204 of the *Code* carrying a liability to ten years' imprisonment. Criminal negligence in the operation of a motor vehicle could be prosecuted under s. 233 of the *Code* then in force as an indictable offence with a liability to five years' imprisonment. Taking the above considerations into account, can it be said that s. 202 of the *Code* creates an absolute liability offence for which conviction will follow on proof of the

arrêts *Beaver v. The Queen*, [1957] R.C.S. 531, *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570, et *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918. Cela s'applique particulièrement aux infractions sanctionnées par une peine d'emprisonnement d'une durée considérable et qui, étant donné leur nature, leur gravité et la réprobation qui s'y rattachent, constituent de véritables infractions criminelles déclarées telles dans le but de punir une conduite coupable plutôt que d'assurer le bien-être public. En l'absence de dispositions et d'intention législatives contraires non ambiguës, j'estime que cette Cour devrait être très hésitante à considérer une grave infraction criminelle comme une infraction de responsabilité absolue. Comme l'a dit le juge Dickson dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, à la p. 1326:

Les infractions de responsabilité absolue seront celles pour lesquelles le législateur indique clairement que la culpabilité suit la simple preuve de l'accomplissement de l'acte prohibé. L'économie générale de la réglementation adoptée par le législateur, l'objet de la législation, la gravité de la peine et la précision des termes utilisés sont essentiels pour déterminer si l'infraction tombe dans la troisième catégorie.

Il ne fait aucun doute qu'en l'espèce, nous sommes en présence d'une grave infraction criminelle. Les appelants sont accusés d'homicide involontaire coupable par négligence criminelle. En vertu de l'art. 219 du *Code criminel* qui était alors en vigueur, ils sont passibles d'emprisonnement à perpétuité. D'autres infractions imputables à la négligence criminelle sont également graves. Ainsi, quiconque cause la mort d'une autre personne par négligence criminelle est coupable, en vertu de l'art. 203 du *Code*, d'un acte criminel et est passible d'emprisonnement à perpétuité. Quiconque cause des lésions corporelles par négligence criminelle est coupable, en vertu de l'art. 204 du *Code*, d'un acte criminel et passible d'une peine d'emprisonnement de dix ans. Quiconque est criminellement négligent dans l'utilisation d'un véhicule à moteur pouvait être accusé, en vertu de l'art. 233 du *Code* alors en vigueur, d'un acte criminel et était passible d'un emprisonnement de cinq ans. Compte tenu des considérations susmentionnées, peut-on dire que l'art. 202 du *Code* crée une infraction de responsabilité absolue à l'égard de

proscribed act without reference to the accused's state of mind?

My colleague McIntyre J. has concluded that upon the wording of s. 202 it is an inescapable conclusion that Parliament intended liability to follow upon proof of the act or conduct described in the section. In particular, he stresses the reference to conduct which shows wanton or reckless disregard for the lives and safety of others and the fact that what is prohibited is criminal negligence. McIntyre J. states at pp. 1429-30:

In choosing the test to be applied in assessing conduct under s. 202 of the *Code*, it must be observed at once that what is made criminal is negligence. Negligence connotes the opposite of thought-directed action. In other words, its existence precludes the element of positive intent to achieve a given result. This leads to the conclusion that what is sought to be restrained by punishment under s. 202 of the *Code* is conduct, and its results. What is punished, in other words, is not the state of mind but the consequences of mindless action. This is apparent, I suggest, from the words of the section, which makes criminal, conduct which shows wanton or reckless disregard. It may be observed as well that the words "wanton or reckless" support this construction, denying as they do the existence of a directing mental state. Nor can it be said that criminal negligence, as defined in s. 202, imports in its terms some element of malice or intention.

Section 202 of the *Code* is, in my view, notorious in its ambiguity. Since its enactment in its present form in the 1955 Amendments to the *Criminal Code* it has bedevilled both courts and commentators who have sought out its meaning. The interpretation put upon it usually depends upon which words are emphasized. On the one hand, my colleague's judgment demonstrates that emphasizing the use of the words "shows" and "negligence" can lead to the conclusion that an objective standard of liability was intended and that proof of unreasonable conduct alone will suffice. On the other hand, if the words "wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons" are stressed along with the fact that what is prohibited is not negligence *simpliciter* but "criminal" negligence, one might conclude that Parliament intended some degree of advertence to

laquelle il suffit de prouver la perpétration de l'acte prohibé pour entraîner un verdict de culpabilité, abstraction faite de l'état d'esprit de l'accusé?

Mon collègue le juge McIntyre a conclu que le libellé de l'art. 202 mène à la conclusion inéluctable que le Parlement entendait que la preuve de la conduite ou de l'acte décrits à cet article entraîne la responsabilité de son auteur. Plus particulièrement, il insiste sur le fait que le législateur parle de la conduite qui montre une insouciance déréglée ou téméraire pour la vie ou la sécurité d'autrui, et que ce qui est prohibé est la négligence criminelle. Le juge McIntyre dit ce qui suit aux pp. 1429 et 1430:

Dans le choix du critère à appliquer pour juger la conduite visée à l'art. 202 du *Code*, soulignons immédiatement que ce qui est rendu criminel est la négligence. La négligence implique le contraire de l'acte réfléchi. En d'autres termes, son existence exclut l'intention positive de parvenir à un résultat donné. Cela permet de conclure que la sanction prévue à l'art. 202 du *Code* vise à empêcher une façon d'agir, et ses conséquences. Ce qui est puni, en d'autres mots, n'est pas un état d'esprit mais les conséquences d'une action irréfléchie. J'estime que cela ressort du libellé de l'article, qui fait un crime de la conduite qui montre une insouciance déréglée ou téméraire. On peut également remarquer que les mots «déréglée ou téméraire» appuient cette conclusion car ils nient l'existence d'une pensée directrice. On ne peut dire non plus que la négligence criminelle, visée à l'art. 202, implique un élément de malveillance ou une intention.

À mon avis, l'art. 202 du *Code* est d'une ambiguïté notoire. Depuis son adoption en sa forme actuelle dans les modifications de 1955 apportées au *Code criminel*, il a tourmenté aussi bien les tribunaux que les commentateurs qui ont recherché son sens. L'interprétation qu'on lui donne dépend habituellement des mots sur lesquels on insiste. D'une part, le jugement de mon collègue démontre que l'insistance sur les mots «montre» et «négligence» peut mener à la conclusion que l'on vise l'application d'un critère objectif de responsabilité, et que la seule preuve d'une conduite non raisonnable suffira. En revanche, si l'on insiste sur les mots «insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui» ainsi que sur le fait que ce qui est prohibé n'est pas la simple négligence mais la négligence «criminelle», on pourrait conclure que le Parlement entendait

the risk to the lives or safety of others to be an essential element of the offence. When faced with such fundamental ambiguity, it would be my view that the court should give the provision the interpretation most consonant, not only with the text and purpose of the provision, but also, where possible, with the broader concepts and principles of the law: see also *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618.

It is obviously important to give meaning and effect to each word employed in s. 202. Under that section every one is criminally negligent who in doing or in omitting to do anything that it is his duty to do shows wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons. As I have stated, the presumption when we are dealing with a serious criminal offence should be in favour of a requirement of some degree of mental blameworthiness if the text and purpose of the section are susceptible of such an interpretation. This Court, in its previous consideration of s. 202, concluded that it was intended to prohibit advertent negligence in the sense that the accused must be fixed with an awareness of the risk that is being prohibited. In *O'Grady v. Sparling*, [1960] S.C.R. 804, Judson J., in comparing what is now s. 202 with a provincial prohibition against driving "without due care or without reasonable consideration for other persons using the highway" stated at p. 808:

There is a fundamental difference between the subject-matter of these two pieces of legislation which the appellant's argument does not recognize. It is a difference in kind and not merely one of degree. This difference has been recognized and emphasized in the recent writings of Glanville Williams on Criminal Law, para. 28, p. 82, and by J. W. C. Turner in the 17th edition of Kenny's Outlines of Criminal Law. I adopt as part of my reasons Turner's statement of the difference to be found at p. 34 of Kenny:

But it should now be recognized that at common law there is no *criminal* liability for harm thus caused by inadvertence. This has been laid down authoritatively for manslaughter again and again. There are

qu'une certaine conscience du danger pour la vie ou la sécurité d'autrui soit un élément essentiel de l'infraction. Devant une ambiguïté aussi fondamentale, j'estime que le tribunal devrait donner à la disposition en cause l'interprétation la plus conforme non seulement à son texte et à son objet, mais aussi, dans la mesure du possible, celle qui s'accorde le mieux avec les concepts et les principes plus larges du droit: voir aussi l'arrêt *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618.

Il importe évidemment de donner un sens et un effet à chacun des mots utilisés à l'art. 202. Selon cet article, est coupable de négligence criminelle quiconque, en faisant quelque chose, ou en omettant de faire quelque chose qu'il est de son devoir d'accomplir, montre une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui. Comme je l'ai dit, lorsque nous sommes en présence d'une infraction criminelle grave, il y a lieu de présumer la nécessité d'un certain état d'esprit répréhensible si le libellé et l'objet de l'article se prêtent à une telle interprétation. Cette Cour, dans son examen antérieur de l'art. 202, a conclu qu'il visait à prohiber la négligence consciente, c'est-à-dire qu'il faut prouver chez l'accusé la conscience du danger qui est prohibé. Dans l'arrêt *O'Grady v. Sparling*, [1960] R.C.S. 804, le juge Judson qui faisait une comparaison entre ce qui est maintenant l'art. 202 et une disposition provinciale prohibant la conduite d'un véhicule automobile [TRADUCTION] «sans apporter un soin convenable ou sans se soucier d'une manière raisonnable des autres usagers de la route», a déclaré à la p. 808:

[TRADUCTION] Il existe entre l'objet de ces deux textes législatifs une différence fondamentale dont l'argument de l'appelant ne tient pas compte. C'est une différence de nature et non simplement une différence de degré. Cette différence a été dégagée et soulignée dans le récent ouvrage de Glanville Williams, *Criminal Law*, par. 28, p. 82, et par J. W. C. Turner dans la 17^e édition de l'ouvrage Kenny's Outlines of Criminal Law. Je fais mien et incorpore à mes motifs ce que dit Turner sur cette différence, que l'on trouve à la p. 34 de l'ouvrage de Kenny:

Mais il faut maintenant reconnaître qu'il n'existe pas de responsabilité *criminelle* en *common law* pour le préjudice ainsi causé par inadvertance. Ce principe a été établi à maintes reprises par la jurisprudence en

only two states of mind which constitute *mens rea*, and they are intention and *recklessness*. The difference between recklessness and negligence is the difference between advertence and in advertence; they are opposed and it is a logical fallacy to suggest that recklessness is a degree of negligence. The common habit of lawyers to qualify the word "negligence" with some moral epithet such as "wicked", "gross", or "culpable" has been most unfortunate since it has inevitably led to great confusion of thought and of principle. It is equally misleading to speak of criminal negligence since this is merely to use an expression to explain itself.

Despite the sometimes confusing characterization of the distinct crime of dangerous driving (which I note is not in issue on this appeal), the *O'Grady v. Sparling* view of criminal negligence was affirmed by various members of the Court in *obiter* comments in *Mann v. The Queen*, [1966] S.C.R. 238, at p. 243, *Binus v. The Queen*, [1967] S.C.R. 594, at pp. 598 and 600, and *Peda v. The Queen*, [1969] S.C.R. 905, at pp. 911-12, 917-18 and 919-20. These cases are, in my respectful view, very relevant to the question that the Court faces on this appeal. They indicate that on previous occasions the Court considered s. 202 susceptible of an interpretation in keeping with the general principle that some degree of guilty knowledge is an element of all serious criminal offences. It is true that the offence of criminal negligence was not directly in issue in these cases, but at no time did any member of the Court suggest that the subjective approach to the interpretation of the offence of criminal negligence in *O'Grady v. Sparling* was incorrect or inconsistent with the statutory language or purpose.

In *Peda v. The Queen* Pigeon J., delivering a concurring judgment for himself and Justice Ritchie, elaborated on the Court's interpretation of s. 202(1) (then s. 191(1)) in *O'Grady v. Sparling* as follows at pp. 919-20:

Therefore the essential basis on which subsection 1 was held to be aimed at a kind of negligence different from the negligence contemplated in the enactments of

ce qui concerne l'homicide involontaire. Il n'y a que deux états d'esprit qui soient constitutifs de *mens rea*, ce sont l'intention proprement dite et la *témérité*. La différence entre la *témérité* et la *négligence* équivaut à la différence entre l'intention et l'inadvertance: elles s'opposent et il est en toute logique spécieux de prétendre que la *témérité* représente un degré dans la *négligence*. L'habitude qu'ont prise les avocats d'assortir le mot «négligence» de certains qualificatifs d'ordre moral comme «malicieuse», «lourde» ou «coupable» est extrêmement regrettable car elle a inévitablement mené à une grande confusion de pensée et de principes. Parler de *négligence* criminelle prête également à confusion, car cela revient à faire une tautologie.

Malgré la caractérisation parfois ambiguë du crime distinct qu'est la conduite dangereuse (dont il n'est pas question en l'espèce), le point de vue qui est exposé dans l'arrêt *O'Grady v. Sparling* sur la *négligence* criminelle a été confirmé par divers membres de la Cour dans des remarques incidentes qu'ils ont faites dans les arrêts *Mann v. The Queen*, [1966] R.C.S. 238, à la p. 243, *Binus v. The Queen*, [1967] R.C.S. 594, aux pp. 598 et 600, et *Peda v. The Queen*, [1969] R.C.S. 905 aux pp. 911 et 912, 917, 918, 919 et 920. À mon avis, ces arrêts sont très pertinents à la question que doit trancher la Cour en l'espèce. Ils indiquent qu'en d'autres occasions, la Cour a considéré que l'art. 202 était susceptible d'une interprétation conforme au principe général selon lequel un certain degré de connaissance coupable est un élément de toutes les infractions criminelles graves. Il est vrai qu'il n'était pas directement question de l'infraction de *négligence* criminelle dans ces affaires, mais jamais aucun membre de la Cour n'a laissé entendre que l'interprétation subjective de l'infraction de *négligence* criminelle dans l'arrêt *O'Grady v. Sparling* était incorrecte ou incompatible avec le libellé ou l'objet de la disposition.

Dans l'arrêt *Peda v. The Queen*, le juge Pigeon, qui rendait un jugement concurrent pour lui-même et pour le juge Ritchie, a traité, aux pp. 919 et 920, de l'interprétation par la Cour du par. 202(1) (alors le par. 191(1)) dans l'arrêt *O'Grady v. Sparling*:

[TRADUCTION] Par conséquent, la raison essentielle pour laquelle on a considéré que le paragraphe 1 visait une *négligence* différente de la *négligence* envisagée

regulatory authorities is that "criminal negligence" requires *mens rea*. It follows, of course, that inadvertent negligence is not criminal. Because negligence in the usual language includes both advertent and inadvertent negligence, it is obvious that in charging a jury on an indictment for "criminal negligence" a judge must in some way explain adequately the kind of negligence that is criminal and make it clear, but not necessarily in those words, that inadvertent negligence is not criminal. It may well be that he can do it by using the language of s. 191(1), seeing that "wanton or reckless" undoubtedly exclude mere inadvertence.

He then stated at p. 920:

By virtue of s. 191(1), a conviction for "criminal negligence" requires "wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons". As against that, subs. 4 contemplates danger to other persons only. There is, therefore, ample room for distinction between the two offences even excluding inadvertence from the lesser.

However, wantonness and recklessness of themselves clearly imply the exclusion of mere inadvertence while "dangerous driving" does not necessarily.

Pigeon J.'s interpretation of the criminal negligence provisions of the *Code* stresses the phrase "wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons" and the qualification of negligence by the word "criminal". I would respectfully agree that these elements in the section militate against a purely objective standard of liability.

It is my view that the phrase "reckless disregard for the lives or safety of other persons" found in s. 202, when read in the context of Canadian criminal law jurisprudence, requires the Crown to prove advertence or awareness of the risk that the prohibited consequences will come to pass. This Court has adopted a subjective approach to recklessness in *Pappajohn v. The Queen*, *supra*, and has reaffirmed this in the recent case of *Sansregret v. The Queen*, *supra*. In doing so the Court has, I believe, implicitly rejected the view that failure to give any thought to whether or not there is a risk can be substituted for the mental state of recklessness as

dans les textes de réglementation, c'est que la «négligence criminelle» requiert la *mens rea*. Il s'ensuit, naturellement, que la négligence inconsciente n'est pas criminelle. Parce que la négligence, dans la langue courante, comprend à la fois la négligence consciente et celle qui ne l'est pas, il est évident que le juge qui fait un exposé au jury dans le cadre d'un procès pour «négligence criminelle», doit d'une façon quelconque expliquer adéquatement quelle sorte de négligence est criminelle et souligner clairement, mais pas nécessairement en ces termes, que la négligence inconsciente n'est pas criminelle. Il est bien possible qu'il puisse le faire en utilisant les termes du par. 191(1), étant donné que les adjectifs «dérégulée ou téméraire» excluent sans aucun doute la simple inadvertance.

Il a ensuite déclaré à la p. 920:

[TRADUCTION] En vertu du par. 191(1), la déclaration de culpabilité pour «négligence criminelle» exige l'«insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui». Par contre, le paragraphe 4 ne prévoit que le danger auquel est exposé autrui. Par conséquent, il est aisé de faire la distinction entre les deux infractions, même si l'on exclut l'inadvertance de l'infraction la moins grave.

Cependant la conduite qui est déréglée et celle qui est téméraire impliquent clairement en elles-mêmes qu'elles excluent la simple inadvertance, alors que ce n'est pas nécessairement le cas pour la «conduite dangereuse».

Dans son interprétation des dispositions du *Code* sur la négligence criminelle, le juge Pigeon insiste sur les mots «insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui» et sur le qualificatif «criminelle» qui accompagne le mot négligence. Je suis d'accord pour dire que ces éléments de l'article militent contre l'application d'un critère de responsabilité purement objectif.

J'estime que les mots «insouciance téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui», à l'art. 202, interprétés dans le contexte de la jurisprudence canadienne de droit criminel, exigent de la part du ministère public la preuve que l'accusé était conscient que ses actes risquaient d'entraîner les conséquences prohibées. Dans l'arrêt *Pappajohn c. La Reine*, précité, cette Cour a appliqué un critère subjectif à la témérité, et elle l'a fait de nouveau dans une décision récente, *Sansregret c. La Reine*, précitée. Ce faisant la Cour a, je crois, rejeté implicitement l'opinion que le défaut d'accorder la moindre pensée à l'existence ou à l'ab-

that view is articulated in the majority decisions in *Commissioner of Police of the Metropolis v. Caldwell*, [1982] A.C. 341 (H.L.), and *R. v. Lawrence*, [1982] A.C. 510 (H.L.)

The expression "wanton" disregard for the lives and safety of others is perhaps less clear. The word "wanton" taken in its acontextual sense could signal an element of randomness or arbitrariness more akin to an objective standard but, given the context in which it appears, coupled with the adjective reckless, and its clear use to accentuate and make more heinous the already serious matter of disregard for the lives or safety of others, I would think that the preferable interpretation is that the word wanton was intended to connote wilful blindness to the prohibited risk: see P. J. T. O'Hearn "Criminal Negligence: An Analysis in Depth" (1964-65), 7 *Crim. L.Q.* 27, at p. 411.

In short, the phrase "wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons" signifies more than gross negligence in the objective sense. It requires some degree of awareness or advertence to the threat to the lives or safety of others or alternatively a wilful blindness to that threat which is culpable in light of the gravity of the risk that is prohibited.

In recent years courts and commentators have sought to deal with those aspects of s. 202 which seem to be in tension with a subjective standard. In his valuable treatise *Principles of Criminal Law* (1986), Professor Colvin has written at p. 120:

The reference to *showing* wanton or reckless disregard in s. 202 can be used to support the objective test. It is submitted, however, that it is wrong to interpret s. 202 as a complete definition of criminal negligence which includes its *mens rea*. The better interpretation is that the section does no more than define the *conduct* which is involved in criminal negligence. *Mens rea* then remains to be implied in accordance with general principles and this is in effect what the Supreme Court did in *O'Grady*. This construction is supported by the statement in another Supreme Court case that "conduct disclosing wanton or reckless disregard for the lives or

sence d'un risque puisse être substitué à l'état mental qu'est la témérité, comme le disent les décisions de la majorité dans les arrêts *Commissioner of Police of the Metropolis v. Caldwell*, [1982] A.C. 341 (H.L.) et *R. v. Lawrence*, [1982] A.C. 510 (H.L.)

L'expression insouciance «déréglée» à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui est peut-être moins claire. L'adjectif «déréglée», pris sans contexte, peut laisser supposer un caractère aléatoire ou arbitraire qui se rapproche davantage d'une norme objective. Toutefois, étant donné le contexte dans lequel il se trouve, son association à l'adjectif téméraire et le fait qu'il a visiblement été utilisé pour accentuer et rendre plus odieuse l'affaire déjà grave qu'est l'insouciance à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui, je crois préférable de conclure que le mot «déréglée» vise à désigner un aveuglement délibéré à l'égard du risque prohibé: P. J. T. O'Hearn, «Criminal Negligence: An Analysis in Depth» (1964-65), 7 *Crim. L.Q.* 27 à la p. 411.

En bref, les mots «insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui» désignent davantage que la négligence grave, au sens objectif du terme. Ils exigent un certain degré de conscience du danger pour la vie ou la sécurité d'autrui ou, subsidiairement, un aveuglement délibéré à l'égard de ce danger, qui est coupable étant donné la gravité du risque prohibé.

Au cours des dernières années, les tribunaux et les commentateurs ont tenté de traiter des aspects de l'art. 202 qui semblent ne pas se prêter à l'application d'un critère subjectif. Dans son utile traité *Principles of Criminal Law* (1986), le professeur Colvin a écrit à la p. 120:

[TRADUCTION] L'expression «montre une insouciance déréglée ou téméraire» à l'art. 202 peut-être invoquée à l'appui de l'application d'un critère objectif. Il me semble toutefois erroné d'interpréter l'art. 202 comme une définition complète de la négligence criminelle, y compris sa *mens rea*. Il est préférable d'interpréter cet article comme définissant tout simplement la *conduite* constituant la négligence criminelle. Il reste alors à présumer la *mens rea* conformément aux règles générales, et c'est en réalité ce que la Cour suprême a fait dans l'arrêt *O'Grady*. Cette interprétation est aussi appuyée par l'affirmation, dans un autre arrêt de la Cour

safety of others constitutes *prima facie* evidence of criminal negligence". [Emphasis in original.]

The other Supreme Court case to which Professor Colvin refers is *Arthurs v. The Queen*, [1974] S.C.R. 287, in which Ritchie J. after examining the wording of s. 202 stated, at p. 292:

... conduct disclosing wanton or reckless disregard for the lives or safety of others constitutes *prima facie* evidence of criminal negligence.

Ritchie J. then went on to elaborate on what this test means in the context of deciding whether the trial judge had erred in failing to outline a possible defence to the jury. He stated at p. 294

I think that the second question must be governed by the test which I indicated at the outset, and that question therefore is whether the learned trial judge failed to outline to the jury any theory of the defence which was consistent with the appellant having acted otherwise than with wanton or reckless disregard for the lives and safety of others.

What emerges from the test outlined by Ritchie J. in *Arthurs v. The Queen* is, in my view, a very workable test that is consistent with both the text and purpose of s. 202 and with the basic principles of penal liability. Conduct that displays a wanton or reckless disregard for the lives or safety of others will constitute the *actus reus* of the offence under s. 202 and be *prima facie* evidence of the accused's blameworthy state of mind. It can be assumed that a person functioning with normal faculties of awareness and engaging in conduct which represents such a grave departure from the norm is either aware of the risk or is wilfully blind to the risk. Proof of the conduct will, in other words, cast an evidential burden on the accused to explain why the normal inference of conscious awareness or wilful blindness should not be drawn. The inference will arise in most cases because the intent requirement under s. 202 is the minimal intent requirement of awareness or advertence or wilful blindness to the prohibited risk. As Ritchie J. noted in *Arthurs v. The Queen* at p. 298 the more expansive intent requirement of deliberation

suprême, que «le comportement manifestant une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui constitue une preuve *prima facie* de négligence criminelle». [Italiques dans le texte original.]

^a L'autre décision de la Cour suprême dont fait mention le professeur Colvin est l'arrêt *Arthurs c. La Reine*, [1974] R.C.S 287 dans lequel le juge Ritchie, après avoir examiné le libellé de l'art. 202, dit à la p. 292:

^b ... le comportement manifestant une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui constitue une preuve *prima facie* de négligence criminelle.

^c Le juge Ritchie considère ensuite la signification de ce critère lorsqu'il s'agit de décider si le juge de procès a commis une erreur en omettant de souligner au jury une défense possible. Il dit à la p. 294:

^d Je crois que la seconde question doit dépendre du critère dont j'ai fait mention au début, et il s'agit donc de savoir si le savant juge de première instance a omis d'exposer au jury quelque théorie de la défense compatible avec l'hypothèse que l'appelant aurait agi autrement qu'avec une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui.

^e À mon sens, le critère exposé par le juge Ritchie dans l'arrêt *Arthurs c. La Reine* est un critère réellement utilisable, qui est conforme à la fois au libellé et à l'objet de l'art. 202 et aux principes fondamentaux de la responsabilité pénale. La conduite qui montre une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui constitue l'*actus reus* de l'infraction prévue à l'art. 202, et elle est la preuve *prima facie* de l'état d'esprit répréhensible de l'accusé. On peut supposer que quiconque est normalement conscient et qui a une conduite représentant une dérogation aussi grave à la norme, est conscient du danger ou refuse délibérément de le voir. En d'autres termes, la preuve de la conduite en question imposera à l'accusé l'obligation d'expliquer pourquoi il n'y a pas lieu d'en arriver à l'inférence normale qu'il était conscient du risque ou qu'il a délibérément refusé de le voir. Cette inférence se présentera dans la plupart des cas parce que l'intention exigée à l'art. 202 est l'intention minimale en ce qui concerne la conscience du risque prohibé ou le refus délibéré de le voir. Comme l'a souligné le

is not a necessary element of the offence set out in s. 202.

I agree with my colleague McIntyre J. that malice or intent in the sense of a mind directed to a purpose is not an element of s. 202. Moreover, the fact that the accused may desire or calculate that his purpose can be achieved without the realization of the risk does not relieve the accused of liability under s. 202 if he either adverted to or became aware of the risk to the lives or safety of others or wilfully closed his eyes to the reality of that risk.

The approach to criminal negligence set out in *Arthurs v. The Queen* also finds support in the subsequent case of *Leblanc v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 339. In that case the issue was whether evidence of similar facts was admissible to prove the *mens rea* of an accused who was charged with causing death by criminal negligence when he fatally struck a person while making a low pass in a bush plane. De Grandpré J. observed at p. 356 that "in most cases, the fact itself proves the intent" but that it remained open to the Crown to prove the *mens rea* not only on the basis of an inference from the commission of the act itself but also by evidence such as the similar facts of previous low passes in order to prove that the accused must have been aware of the risk created by such dangerous methods of flying an airplane. Dickson J., in dissent, approved of the statement in *Arthurs v. The Queen* that conduct disclosing a wanton or reckless disregard for the lives or safety of others constitutes *prima facie* evidence of negligence but held at p. 346 that the evidence of similar facts was not admissible because the "*mens rea* of criminal negligence is determined by an objective standard". I find a certain ambiguity in this position because, in my respectful opinion, the *mens rea* of advertent negligence can in most cases be determined by reference to an objective standard without in the final analysis itself constituting an objective standard. Similarly, the dissent of Chief Justice Laskin in *Arthurs v. The Queen* can also perhaps be reconciled with the Court's holding in

juge Ritchie à la p. 298 de l'arrêt *Arthurs c. La Reine*, l'exigence plus large visant le propos délibéré n'est pas un élément nécessaire de l'infraction prévue à l'art. 202.

^a Je suis d'accord avec mon collègue le juge McIntyre pour dire que la malveillance ou l'intention, au sens de la pensée qui tend vers un but, n'est pas un élément de l'art. 202. De plus, le fait ^b que l'accusé puisse souhaiter ou estimer qu'il pourra atteindre son but sans que le danger se concrétise ne le libère pas de sa responsabilité en vertu de l'art. 202, s'il a envisagé le danger pour la vie ou la sécurité d'autrui ou en est devenu conscient, ou s'il a délibérément fermé les yeux sur ^c l'existence de ce danger.

La façon dont la négligence criminelle est considérée dans l'arrêt *Arthurs c. La Reine* trouve aussi ^a un appui dans un arrêt ultérieur, *Leblanc c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 339. Dans cette affaire, la question en litige était de savoir si la preuve de faits similaires était recevable pour prouver la ^e *mens rea* d'une personne accusée d'avoir causé la mort d'une autre personne par négligence criminelle lorsqu'elle l'a mortellement blessée en volant à très basse altitude dans un avion de brousse. Le juge de Grandpré a observé à la p. 356 que «dans la plupart des cas, le fait lui-même fait preuve de l'intention», mais qu'il était loisible au ministère public de prouver la *mens rea* non seulement en se fondant sur une inférence découlant de la perpétration de l'acte lui-même, mais aussi au moyen de ^g la preuve d'actes similaires, c'est-à-dire des vols à basse altitude, de façon à prouver que l'accusé avait dû être conscient des risques que comportaient des manœuvres aussi dangereuses. Le juge ^h Dickson, qui était dissident, a approuvé la déclaration dans l'arrêt *Arthurs c. La Reine* que la conduite montrant une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui constitue une preuve *prima facie* de négligence, mais il a conclu à la p. 346 que la preuve de faits similaires n'est pas admissible parce que la «*mens rea* [...] se détermine en vertu d'un critère objectif». Avec égards, je trouve à cette position ⁱ une certaine ambiguïté car, à mon avis, la *mens rea* relative à la négligence consciente peut dans la plupart des cas se déterminer au moyen d'un cri-

O'Grady v. Sparling that criminal negligence consists of advertent negligence in so far as the Chief Justice's dissent stands for the propositions that (1) the defence of accident designed to deny some necessary mental element should have been explained to the jury (pp. 308-12) and (2) the requirement of deliberation or in his words "subjective intent" was not a necessary element of the offence of criminal negligence as set out by the Court in *O'Grady v. Sparling*, *Binus v. The Queen*, and *Peda v. The Queen* (pp. 306-307). In any event, I would respectfully agree with Professor Colvin's comment on this Court's decision in *Leblanc* in "Recklessness and Criminal Negligence" (1982), 32 *U. of T. L.J.* 345, at p. 356:

The decision of the majority in *Leblanc* establishes that *O'Grady v. Sparling* remains good law on the mental element of criminal negligence. The test is subjective: the actor himself must have known of the risks of his conduct. Those provincial appellate courts which have espoused an objective test are in error. This is not meant to suggest, however, that the decisions in the particular cases were wrong. The results would perhaps have been the same even if a subjective test had been used.

It is my view that the jurisprudence of this Court to date establishes that the criminal negligence prohibited under s. 202 is advertent negligence. I would not hesitate to depart from these precedents for solid reasons but I cannot, with due respect to those who think otherwise, agree that the case for the adoption of an objective standard of liability has been made out to the extent required to justify a departure from this Court's previous decisions. On the standard required to justify a departure from the practice of *stare decisis*, I find the comments of the Chief Justice in his dissent in *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at pp. 849-61, instructive. In *R. v. Bernard* the Chief Justice suggests that before overruling one of its prior decisions the Court consider the intro-

rière objectif sans constituer elle-même, en dernière analyse, un critère objectif. De la même façon, l'opinion dissidente du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Arthurs c. La Reine* pourrait peut-être aussi être conciliée avec la conclusion de la Cour dans l'arrêt *O'Grady v. Sparling* selon laquelle la négligence criminelle est la négligence consciente, dans la mesure où la dissidence du Juge en chef appuie les propositions suivantes: (1) la défense d'accident destinée à nier l'existence d'un certain élément moral nécessaire aurait dû être expliquée au jury (pp. 308 à 312) et (2) la nécessité du propos délibéré ou selon ses propres mots [TRADUCTION] de «l'intention subjective» n'était pas un élément nécessaire de l'infraction de négligence criminelle comme l'a exposée la Cour dans les arrêts *O'Grady v. Sparling*, *Binus v. The Queen* et *Peda v. The Queen* (aux pp. 306 et 307). En tout état de cause, je suis d'accord avec ce que dit le professeur Colvin sur l'arrêt *Leblanc* de cette Cour dans son ouvrage «Recklessness and Criminal Negligence» (1982), 32 *U. of T. L.J.* 345, à la p. 356:

[TRADUCTION] La décision de la majorité dans l'affaire *Leblanc* établit que l'arrêt *O'Grady v. Sparling* continue à faire autorité en ce qui concerne l'élément moral de la négligence criminelle. Le critère est subjectif: l'auteur lui-même doit avoir connu les risques que présentait sa conduite. Les cours d'appel provinciales qui ont appliqué le critère objectif sont dans l'erreur. Cela ne veut toutefois pas dire que les décisions rendues dans les différentes affaires étaient erronées. L'application d'un critère subjectif aurait peut-être mené aux mêmes résultats.

J'estime que, jusqu'à maintenant, la jurisprudence de cette Cour établit que la négligence criminelle prohibée en vertu de l'art. 202 est la négligence consciente. Je n'hésiterais pas à m'écarter de ces décisions pour de solides motifs mais, avec égards pour ceux qui ne sont pas de cet avis, je ne peux pas reconnaître que l'on a prouvé qu'il y a lieu d'adopter un critère objectif de responsabilité dans la mesure requise pour qu'il soit justifié de s'écarter des décisions antérieures de cette Cour. Je trouve fort intéressants les commentaires du Juge en chef dans ses motifs dissidents dans l'arrêt *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, aux pp. 849 à 861, lorsqu'il traitait du critère requis pour déroger à la règle du *stare decisis*. Dans l'arrêt *R. c. Bernard*, le Juge en chef laisse entendre qu'a-

duction of the *Charter*, the attenuation of a precedent in later authorities, the creation of uncertainty by the continued existence of the precedent and whether the overturning of the precedent will expand the range of criminal liability and work to the detriment of the accused. Considering these factors in the case at bar, the burden to justify such a departure would, in my view, be especially high given that *O'Grady v. Sparling* has not been attenuated by the subsequent jurisprudence of this Court and the effect of the change proposed here is to expand criminal liability beyond its normal limits and to the detriment of the accused. The adoption of an objective standard also creates, in my view, both the possibility of a *Charter* violation and uncertainty as to the relevance of factors subjective to the accused under the new objective standard.

As I have suggested above, the words of the section can reasonably bear an interpretation which leaves room for the mental element of awareness or advertence to a risk to the lives or safety of others or wilful blindness to such risk. Conduct which shows a wanton or reckless disregard for the lives and safety of others will by its nature constitute *prima facie* evidence of the mental element, and in the absence of some evidence that casts doubt on the normal degree of mental awareness, proof of the act and reference to what a reasonable person in the circumstances must have realized will lead to a conclusion that the accused was aware of the risk or wilfully blind to the risk.

Professor Glanville Williams in his work *Criminal Law: The General Part* (2nd ed. 1961), explained the minimal nature of the mental element for advertent negligence and the important evidentiary use of objective standards in determining the subjective state of mind of what he terms advertent negligence. He defined the requirement of recklessness in advertent negligence as follows at pp. 53-55:

vant de passer outre à une de ses décisions antérieures, la Cour devrait prendre en considération l'adoption de la *Charte*, l'affaiblissement d'un précédent dans des décisions ultérieures, l'incertitude créée par la survivance de ce dernier, et la question de savoir si l'infirmité du précédent augmentera l'étendue de la responsabilité criminelle au détriment de l'accusé. Compte tenu de ces facteurs en l'espèce, l'obligation de justifier une telle dérogation serait, à mon avis, particulièrement rigoureuse, car l'arrêt *O'Grady v. Sparling* n'a pas été atténué par la jurisprudence ultérieure de notre Cour et l'effet du changement proposé en l'espèce serait d'étendre la responsabilité pénale au delà de ses limites normales et ce, au détriment de l'accusé. L'adoption d'une norme objective crée aussi, à mon avis, à la fois la possibilité d'une violation de la *Charte* et une incertitude, sous le régime d'une nouvelle norme objective, quant à la pertinence de facteurs subjectifs en ce qui concerne l'accusé.

Comme je le notais précédemment, le libellé de l'article peut raisonnablement être interprété de façon à laisser une place à l'élément moral de la conscience d'un danger pour la vie ou la sécurité d'autrui ou de l'aveuglement volontaire à l'égard d'un tel risque. Toute conduite montrant une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui sera, de par sa nature même, la preuve *prima facie* de l'élément moral et, en l'absence de preuve jetant le doute sur le degré normal de conscience mentale, la preuve de l'acte et la comparaison avec ce dont une personne raisonnable se serait rendu compte dans les circonstances, mènera à la conclusion que l'accusé était conscient du risque ou a délibérément fermé les yeux sur ce risque.

Dans son ouvrage *Criminal Law: The General Part* (2^e éd. 1961), le professeur Glanville Williams explique la nature minimale de l'élément moral dans la négligence consciente et la large utilisation en preuve de normes objectives pour déterminer l'état d'esprit subjectif de ce qu'il appelle la négligence consciente. Il définit ainsi l'exigence de «témérité» en matière de négligence consciente, aux pp. 53 à 55:

If the actor foresaw the probability of the consequences he is regarded as reckless, even though he fervently desired and hoped for the exact opposite of the consequence, and even though he did his best (short of abandoning his main project) to avoid it Recklessness is any determination to pursue conduct with knowledge of the risks involved though without a desire that they should eventuate.

. . . recklessness may be a mere passing realization, instantly dismissed, which leaves no mark upon conduct.

Likewise, P. J. T. O'Hearn has indicated that the requirements of advertent negligence encompass any consciousness of the prohibited risk or "the mental state of one who is doing what appears to be taking chances but who is blindly wilful in doing so": "Criminal Negligence: An Analysis in Depth", *supra*, at p. 422. To take account of the minimal nature of the mental element of recklessness, Professor Williams explained in *Criminal Law: The General Part, supra*, at pp. 55-56:

On an issue of recklessness, these considerations may be put before the jury. There is no objection to instructing the jury to consider whether the defendant *must* have foreseen the consequence, but it is fatally easy to confuse this with the question whether the defendant *ought* as a reasonable man to have foreseen it. The latter question presupposes an objective test of the reasonable man, and the accused person's actual foresight is immaterial. The former question is directed exclusively to the accused's actual foresight, and the test of what a reasonable man would have foreseen is merely a step in reasoning. For example, it may be shown that the accused is mentally subnormal, or that on the occasion in question he was drunk, or suffering from some fear, anger, or other excitement which deprived him of the ability to look circumspectly to the probable outcome of his conduct. These facts would not, according to the usual view, be relevant to an issue of inadvertent negligence, if that were before the court; but they are very relevant to the issue of recklessness. They may lead the tribunal to decide that the accused did not foresee the consequence, even though a person somewhat differently situated would have foreseen it. In short, a judgment of inadvertent negligence rests merely on a comparison between the conduct of the accused and that of a reasonable man, while a judgment of recklessness uses

[TRADUCTION] Si l'acteur a envisagé la probabilité des conséquences, il a été téméraire, même s'il souhaitait ou espérait ardemment la conséquence exactement contraire, et même s'il a fait de son mieux (mais sans abandonner son projet principal) pour l'éviter La témérité est la détermination de continuer à adopter le comportement en question avec la connaissance des risques courus mais sans le désir que ces risques se réalisent.

. . . la témérité peut prendre la forme d'une pensée fugace, immédiatement rejetée, qui ne laisse aucune trace dans le comportement lui-même.

De même, P. J. T. O'Hearn a indiqué que les exigences en matière de négligence consciente englobe toute conscience du risque prohibé ou [TRADUCTION] «l'état d'esprit de la personne qui fait quelque chose—apparemment prendre des risques—mais refuse délibérément de voir ces risques quand elle le fait»: «Criminal Negligence: An Analysis in Depth», précité, à la p. 422. Pour prendre en compte le caractère «minimal» de l'élément moral de la témérité, le professeur Williams explique ceci dans *Criminal Law: The General Part*, précité, aux pp. 55 et 56:

[TRADUCTION] Sur la question de la témérité, ces considérations peuvent être exposées au jury. Il n'y a pas d'objection à donner au jury la directive de se demander si le défendeur *a dû* envisager la conséquence, mais il est dangereusement facile de confondre cette question avec celle de savoir s'il *aurait dû* l'envisager comme l'aurait fait une personne raisonnable. La deuxième question suppose le critère objectif de la personne raisonnable et le fait que l'accusé ait effectivement envisagé ou non la conséquence est sans importance. La première question vise uniquement ce que l'accusé a effectivement envisagé et le critère de ce qu'aurait envisagé une personne raisonnable est seulement une des étapes du raisonnement. Par exemple, on peut démontrer que l'accusé a des capacités mentales inférieures à la moyenne ou qu'au moment en cause, il était ivre ou était animé par la crainte, la colère ou une autre forme d'agitation qui le privait de la capacité de considérer avec discernement le résultat probable de sa conduite. Selon le point de vue habituel, ces faits ne seraient pas pertinents quant à la négligence inconsciente si cette question était soumise au tribunal, mais ils sont très pertinents quand il s'agit de témérité. Ils peuvent amener le tribunal à décider que l'accusé n'a pas prévu la conséquence, même si une personne, dans une situation un peu différente, l'aurait prévue. En bref, une décision sur la négligence incons-

the concept of the reasonable man only as a guide to what went on in the accused's mind, and only so long as it can plausibly be assumed that the accused's mind accorded with the normal at the time of his act.

I would add that the importance of what the reasonable person would have foreseen to the determination of whether a particular accused would have become aware or wilfully blind to the prohibited risk will vary with the context. For example, in the case of a licensed driver engaging in high risk motoring, I am in general agreement with Morden J.A. in *R. v. Sharp* (1984), 12 C.C.C. (3d) 428 (Ont. C.A.), at pp. 434-35, that it is open to the jury to find the accused's blameworthy state of mind from driving which shows wanton or reckless disregard for the lives or safety of others subject to an explanation in the evidence which would account for the deviant conduct such as a sudden mechanical malfunction or a bee sting or other accident beyond the accused's control. I would think that in the driving context where risks to the lives and safety of others present themselves in a habitual and obvious fashion the accused's claim that he or she gave no thought to the risk or had simply a negative state of mind would in most, if not all, cases amount to the culpable positive mental state of wilful blindness to the prohibited risk.

The minimal nature of the requirement of a blameworthy state of mind and the relevance of the objective standard as a rebuttable mode of proof suggests to me that a holding that s. 202 requires proof of the mental element of advertence to the risk or wilful blindness to the risk will not undermine the policy objectives of the provision. The loss in terms of deterrence and social protection would seem to be negligible when the retention of a subjective standard would at most offer protection for those who due to some peculiarity or unexpected accident commit conduct which, although it shows a reckless or wanton disregard for the lives or safety of others, can be explained as

ciente repose uniquement sur une comparaison entre la conduite de l'accusé et celle d'une personne raisonnable, alors qu'une décision sur la témérité ne fait intervenir la notion de personne raisonnable que pour aider à découvrir ce qui s'est passé dans l'esprit de l'accusé et dans la mesure seulement où on peut présumer plausiblement que l'esprit de l'accusé correspondait à ce qui était «normal» au moment de l'acte.

J'ajouterais que l'importance de ce que la personne raisonnable aurait prévu, pour déterminer si un accusé donné aurait été conscient du risque prohibé ou aurait délibérément fermé les yeux sur celui-ci, variera selon le contexte. Par exemple, dans le cas d'un automobiliste muni d'un permis qui conduit d'une façon qui comporte des risques élevés, je suis d'accord avec le juge Morden dans *R. v. Sharp* (1984), 12 C.C.C. (3d) 428 (C.A. Ont.), aux pp. 434 et 435, pour dire qu'il appartient au jury de conclure à l'état d'esprit répréhensible de l'accusé en raison d'une conduite montrant une insouciance déréglée et téméraire pour la vie et la sécurité d'autrui, sous réserve d'une explication, ressortant de la preuve, de cette conduite anormale, comme par exemple une panne mécanique subite, une piqûre d'abeille ou un autre accident hors du contrôle de l'accusé. J'estime que, dans le contexte de la conduite automobile où les risques pour la vie et la sécurité d'autrui se présentent de façon usuelle et évidente, l'affirmation par l'accusé(e) qu'il ou elle n'a aucunement pensé aux risques ou a simplement refusé d'y penser constituerait dans la plupart des cas, sinon tous, un état d'esprit positif coupable d'aveuglement volontaire face au risque prohibé.

Le caractère minimal de l'exigence d'un état d'esprit répréhensible et la pertinence de la norme objective comme mode de preuve réfutable me permettent de penser que conclure que l'art. 202 exige la preuve de l'élément moral de conscience du risque ou d'aveuglement volontaire à l'égard de ce risque ne mettrait pas en danger les objectifs de principe visés par cette disposition. La perte en termes de dissuasion et de protection sociale semble négligeable parce que le maintien d'une norme subjective pourrait tout au plus protéger ceux qui, en raison de quelque particularité ou d'un accident imprévu, adoptent une conduite qui, tout en montrant une insouciance déréglée ou

inconsistent with any degree of awareness of or wilful blindness to such a risk. Should social protection require the adoption of an objective standard it is open to Parliament to enact a law which clearly adopts such a standard. In my respectful view this Court should not do it for them.

I do not think that a subjective interpretation of s. 202 renders the role of manslaughter committed by means of criminal negligence superfluous within the scheme of the homicide provisions of the *Criminal Code*. The murder provisions will in general be available only if a higher degree of intent is proven than awareness of or wilful blindness to a risk to the lives and safety of others. For example ss. 212(a) and (b) involve the higher degree of *mens rea* of either meaning to cause death or meaning to cause bodily harm with the knowledge that it is likely to cause death and being reckless as to whether death ensues or not. There may be some overlap between the offence of committing culpable homicide by criminal negligence and the murder offences found in ss. 212(c) and 213 but these murder provisions seem to be a distinct part of the statutory scheme in that they are addressed to the specific issue of killings which result from either the pursuit of an unlawful object or the commission of specified indictable offences. Manslaughter by means of advertent criminal negligence would still, in my view, have a role to play in prohibiting killings done with a more minimal intent than required under ss. 212(a) and (b) and in contexts which would not be covered by ss. 212(c) and 213.

In recognition of the harshness of a uniform application of an objective standard of criminal liability much of the recent work in criminal jurisprudence has canvassed the possibility of introducing a subjective dimension into the objective standard in order to relieve the harshness of imposing an objective standard on those who, because of their peculiar characteristics, could not fairly be expected to live up to the standard set by the reasonable person. H. L. A. Hart was perhaps the first to

téméraire pour la vie ou la sécurité d'autrui, peut s'expliquer comme étant incompatible avec un degré quelconque de conscience d'un tel risque ou un aveuglement volontaire à cet égard. Si la protection de la société exige l'adoption d'une norme objective, il appartient au Parlement d'édicter une loi qui le fasse clairement. Avec égards, j'estime que la Cour ne devrait pas le faire à sa place.

Je ne pense pas qu'une interprétation subjective de l'art. 202 rende superflu le rôle de l'homicide volontaire coupable par négligence criminelle dans l'ensemble constitué par les dispositions du *Code criminel* concernant l'homicide. Les dispositions relatives au meurtre n'entreront en jeu, en règle générale, que dans les cas où est prouvé un degré plus élevé d'intention que la conscience d'un danger pour la vie ou la sécurité d'autrui, ou un aveuglement volontaire à son égard. Par exemple, les al. 212a) et 212b) comportent un degré plus élevé de *mens rea* ou d'intention soit de causer la mort soit de causer des lésions corporelles qu'on sait être de nature à causer la mort ou en étant indifférent que la mort s'ensuive ou non. Il peut y avoir un chevauchement entre l'infraction d'homicide coupable par négligence criminelle et les meurtres définis à l'al. 212c) et à l'art. 213, mais ces dernières dispositions semblent constituer une catégorie à part dans cet ensemble législatif car elles traitent de la question spécifique d'homicides qui résultent de la poursuite d'un objet illicite ou de la perpétration d'actes criminels précis. L'homicide involontaire coupable par négligence criminelle consciente aurait encore, à mon avis, un rôle à jouer dans la prohibition d'homicides commis avec une intention moindre que ce qu'exigent les al. 212a) et 212b) et dans des contextes autres que ce qui est envisagé à l'al. 212c) et à l'art. 213.

Reconnaissant la sévérité d'une application uniforme d'une norme objective de responsabilité criminelle, une large part des travaux récents de la doctrine en matière pénale a étudié la possibilité d'introduire une dimension subjective dans la norme objective afin d'atténuer la sévérité d'une norme objective imposée à des personnes dont, en raison de leurs caractéristiques particulières, on ne peut équitablement s'attendre qu'elles se conforment à la norme fixée par la personne raisonnable.

explore this possibility in his essay "Negligence, *Mens Rea* and Criminal Responsibility," in *Oxford Essays in Jurisprudence* (1961) (c. 2). He recognized the dangers of the use of an objective standard at p. 47:

If our conditions of liability are invariant and not flexible, *i.e.* if they are not adjusted to the capacities of the accused, then some individuals will be held liable for negligence through they could not have helped their failure to comply with the standard. In *such* cases, indeed, criminal responsibility will be made independent of any 'subjective element': since the accused could not have conformed to the required standard.

In response to this most legitimate fear, Professor Hart proposed the following two-pronged test for criminal negligence:

- (i) Did the accused fail to take those precautions which any reasonable man with normal capacities would in the circumstances have taken?
- (ii) Could the accused, given his mental and physical capacities, have taken those precautions?

A similar approach has been taken by the criminal law theorist George Fletcher. Professor Fletcher also proposed that criminal liability for negligent conduct be determined in a two step process: the first being the determination of wrongdoing which in the case of the prohibition of negligence would proceed on the basis of breach of an objective standard and the second being the process by which the court determines whether it would be fair to hold a particular accused responsible for the act of wrongdoing. Professor Fletcher notes in *Rethinking Criminal Law* (1978), at p. 511:

If the law ignored the question of attribution, namely, the question whether individuals were properly held accountable for their wrongful acts, the criminal law undoubtedly would generate some unjust decisions. If it were true that the only relevant norms of the legal system were those of wrongdoing, injustice would be inescapable in cases in which individuals could not but violate the law.

See also G. Fletcher, "The Theory of Criminal Negligence: A Comparative Analysis," 119 *U. Pa. L.R.* 401 (1971); A. Stalker "Can George Fletcher

H. L. A. Hart a peut-être été le premier à examiner cette possibilité dans son essai «Negligence, *Mens Rea* and Criminal Responsibility,» *Oxford Essays in Jurisprudence* (1961) (chap. 2). Il reconnaît les dangers que comporte le recours à une norme objective, à la p. 47:

[TRADUCTION] Si les conditions de la responsabilité sont invariables et inflexibles, c'est-à-dire qu'elles ne sont pas ajustées aux capacités de l'accusé, certains individus seront tenus responsables pour négligence alors qu'ils ne pouvaient s'empêcher de ne pas se conformer à la norme. Dans de tels cas en fait la responsabilité criminelle serait dissociée de tout «élément subjectif» puisque l'accusé n'aurait pas pu se conformer à la norme requise.

En réponse à cette crainte très légitime, le professeur Hart a proposé le double critère suivant pour la négligence criminelle:

- ^d [TRADUCTION]
 - (i) L'accusé a-t-il omis de prendre les précautions qu'aurait prises une personne raisonnable, ayant des capacités normales, dans les mêmes circonstances?
 - (ii) L'accusé aurait-il pu prendre ces précautions, étant donné ses capacités mentales et physiques?

Un raisonnement similaire est adopté par le criminaliste George Fletcher, qui propose également un examen en deux temps de la responsabilité criminelle pour une conduite négligente: le premier consisterait à décider s'il y a acte délictueux, ce qui, dans le cas de l'interdiction de la négligence, serait la violation d'une norme objective, le second étant le processus permettant au tribunal de décider s'il serait juste de tenir l'accusé responsable pour cet acte délictueux. Le professeur Fletcher souligne, à la p. 511 de *Rethinking Criminal Law* (1978):

^h [TRADUCTION] Si le droit ne prenait pas en compte la question de l'imputation, c'est-à-dire la question de savoir si des personnes peuvent à bon droit être jugées responsables de leurs actes délictueux, le droit criminel produirait sans aucun doute quelques décisions injustes. S'il était exact que les seules normes pertinentes de notre système juridique étaient celles de l'acte délictueux, il serait impossible d'éviter l'injustice dans les cas où des personnes n'ont d'autre choix que de violer la loi.

Voir également G. Fletcher, «The Theory of Criminal Negligence: A Comparative Analysis,» 119 *U. Pa. L.R.* 401 (1971); A. Stalker «Can George Fletcher Help Solve The Problem of Criminal

Help Solve The Problem of Criminal Negligence” (1982), 7 *Queens L.J.* 274. Professor Pickard has also adopted an approach to this issue similar to that of Professors Hart and Fletcher. She proposes in “Culpable Mistakes and Rape: Relating Mens Rea to the Crime” (1980), 30 *U. of T. L.J.* 75, at p. 79, to modify an objective standard of unreasonableness so that “the relevant characteristics of the particular actor, rather than those of the ordinary person” will be “the background against which to measure the reasonableness of certain conduct or beliefs”. Professor Pickard elaborates:

This individualized standard is neither ‘subjective’ nor ‘objective.’ It partakes of the subjective position because the inquiry the fact finder must conduct is about the defendant himself, not about some hypothetical ordinary person. It partakes of the objective position because the inquiry is not limited to what was, in fact, in the actor’s mind, but includes an inquiry into what could have been in it, and a judgment about what ought to have been in it.

In their judgments in this case my colleagues McIntyre and Lamer JJ. seem to have adopted variations of the above developments. McIntyre J., for example, states at p. 1432:

The application of an objective test under s. 202 of the *Code*, however, may not be made in a vacuum. Events occur within the framework of other events and actions when deciding on the nature of the questioned conduct surrounding circumstances must be considered. The decision must be made on a consideration of the facts existing at the time and in relation to the accused’s perception of those facts. Since the test is objective, the accused’s perception of the facts is not to be considered for the purpose of assessing malice or intention on the accused’s part but only to form a basis for a conclusion as to whether or not the accused’s conduct, in view of his perception of the facts, was reasonable.

My colleague then, however, goes on to suggest that the factual perceptions of the accused must be not only honest but reasonable in order to be factored into the assessment of the objective standard. For example, he suggests that the appellants in this case should not be held to the standard of honest but mistaken belief in circumstances which

Negligence” (1982), 7 *Queens L.J.* 274. Le professeur Pickard a abordé lui aussi la question d’une manière similaire à celle des professeurs Hart et Fletcher. Dans «Culpable Mistakes and Rape: Relating Mens Rea to the Crime» (1980), 30 *U. of T. L.J.* 75, à la p. 79, elle propose de modifier la norme objective du caractère non raisonnable de façon à ce que [TRADUCTION] «les caractéristiques pertinentes d’un acteur donné, plutôt que celles de la personne ordinaire», constitueront «le fond sur lequel sera mesuré le caractère raisonnable d’une certaine conduite ou de certaines croyances». Le professeur Pickard développe ainsi sa pensée:

[TRADUCTION] Cette norme individualisée n’est ni «subjective» ni «objective». Elle tient de la position subjective parce que le juge des faits s’interroge sur le défendeur lui-même et non sur une hypothétique personne ordinaire. Elle tient de la position objective parce que l’interrogation ne se limite pas à ce qu’était en fait l’état d’esprit de l’acteur mais comprend également la recherche de ce qu’aurait pu être son état d’esprit et un jugement sur ce qu’aurait dû être cet état d’esprit.

Dans leurs jugements en l’espèce, mes collègues les juges McIntyre et Lamer semblent avoir adopté des variantes de ce qui précède. Le juge McIntyre par exemple déclare à la p. 1432:

L’application d’un critère objectif aux termes de l’art. 202 du *Code* ne peut cependant se faire dans le vide. Des événements se produisent dans le cadre d’autres événements et actions, et quand il s’agit de déterminer la nature de la conduite reprochée, les circonstances propres à l’espèce doivent être prises en considération. La décision doit se prendre après examen des faits existant à l’époque et par rapport à la perception de l’accusé des faits en question. Puisque le critère est objectif, la perception des faits par l’accusé ne doit pas être considérée dans le but d’apprécier s’il y a malveillance ou intention de la part de l’accusé, mais seulement pour constituer la base d’une conclusion quant au caractère raisonnable de la conduite de l’accusé, étant donné sa perception des faits.

Mon collègue indique cependant par la suite que les perceptions des faits par l’accusé doivent être non seulement sincères mais également raisonnables pour entrer en ligne de compte dans l’évaluation de la norme objective. Par exemple, il indique que les appelants en l’espèce ne devraient pas être assujettis à la norme de la croyance sincère mais

would render their conduct not culpable as set out in *Pappajohn v. The Queen, supra*, but rather that their beliefs and perceptions in order to be considered must not be negligently or unreasonably held. To my mind, when the offence charged is criminal negligence the distinction from *Pappajohn v. The Queen* lies not in the introduction of an overriding standard of reasonableness, as this in effect holds the accused simply to the standards of what would be expected from the reasonable person, but rather in the degree of guilty knowledge that must be proven. Although a person may have an honest yet unreasonable view of the circumstances which would render him or her in the large sense blameless, this would not necessarily decide the relevant question of whether he or she had any awareness of the prohibited risk or at some time during the relevant transaction wilfully blinded him or herself to an otherwise obvious risk. To require, as does my colleague, that all misperceptions be reasonable will, in my view, not excuse many of those who through no fault of their own cannot fairly be expected to live up to the standard of the reasonable person.

My colleague Lamer J. takes a somewhat different approach. He suggests at p. 1434 that courts when applying the objective standard in s. 202 should make "a generous allowance" for factors which are particular to the accused, such as youth, mental development, education". I do not doubt that an expansive application of this approach could relieve some of the harshness of applying an objective standard to those who could not fairly be expected to meet the standard and I am cautiously sympathetic to attempts to integrate elements of subjective perception into criminal law standards that are clearly objective: see *R. v. Vasil*, [1981] 1 S.C.R. 469; *R. v. Hill*, [1986] 1 S.C.R. 313. Despite this, the test proposed by my colleague suffers, in my respectful view, from the various degrees of over and under inclusiveness that would be expected from a test which is only a rough substitute for a finding of a blameworthy state of mind in each case. For example, an instruction to

erronée qui rendrait leur conduite non coupable, selon *Pappajohn c. La Reine*, précité, mais plutôt que leurs croyances et perceptions, pour être prises en considération, ne devraient pas être entretenues de façon négligente ou déraisonnable. À mon sens, lorsque l'infraction reprochée est la négligence criminelle, la distinction à faire avec l'arrêt *Pappajohn c. La Reine* se trouve non pas dans l'introduction d'une norme prépondérante du caractère raisonnable, qui a tout simplement pour effet d'assujettir l'accusé aux normes de ce qui est attendu d'une personne raisonnable, mais plutôt dans le degré de connaissance coupable qui doit être prouvé. Bien qu'une personne puisse avoir une opinion sincère et cependant déraisonnable des circonstances, opinion qui la soustrairait à tout blâme au sens large, cela ne trancherait pas nécessairement la question pertinente de savoir si elle avait une conscience quelconque du risque prohibé ou si, à un moment donné pendant les événements pertinents, elle avait délibérément fermé les yeux sur un risque qui à tous égards était évident. Exiger, comme le fait mon collègue, que toutes les perceptions erronées soient raisonnables, enlèvera, à mon avis, toute excuse à beaucoup de personnes dont on ne peut s'attendre, sans faute de leur part et en toute justice, qu'elles se conforment à la norme de la personne raisonnable.

Mon collègue le juge Lamer adopte un raisonnement un peu différent. Il propose à la p. 1434 que les tribunaux, lorsqu'ils appliquent la norme objective de l'art. 202, tiennent «largement compte de facteurs propres à l'accusé comme sa jeunesse, son développement intellectuel, son niveau d'instruction». Je ne doute pas qu'une application large de cette méthode pourrait atténuer un peu la sévérité de l'application d'une norme objective aux personnes dont on ne peut équitablement s'attendre qu'elles se conforment à la norme et, avec prudence, je suis assez d'accord avec les tentatives qui sont faites d'intégrer des éléments de perception subjective dans des normes de droit criminel qui sont nettement objectives: voir *R. c. Vasil*, [1981] 1 R.C.S. 469; *R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313. Malgré cela, j'estime avec égards, que le critère proposé par mon collègue a, à divers degrés, une portée à la fois trop large et trop restreinte, comme on peut s'y attendre d'un critère qui n'est qu'une

the trier of fact that they are to hold a young accused with modest intelligence and little education to a standard of conduct that one would expect from the reasonable person of tender years, modest intelligence and little education sets out a fluctuating standard which in my view undermines the principles of equality and individual responsibility which should pervade the criminal law. It tells the jury simply to lower the standard of conduct expected from such people regardless of whether in the particular case the accused attained the degree of guilty knowledge that I have set out above. Professor Fletcher in "The Theory of Criminal Negligence: A Comparative Analysis" has termed the decision whether to make the standard of liability more or less objective by including or excluding specific personal characteristics a "policy question", "a low visibility device for adjusting the interests of competing classes of litigants" and I respectfully agree with the following criticism he makes of this process at p. 408:

The question in the criminal context is not one of adjusting the interests of competing classes of litigants, but of justifying the state's depriving an individual of his liberty.

Professor Fletcher's solution to this problem, the introduction of a comprehensive range of individualized excuses, is in my view far from realization in Canadian criminal law jurisprudence and, as such, the concern he identifies of the culpability of the individual is still, in my view, best served by continued adherence to subjective standards of liability.

One problem with attempts to individualize an objective standard is that regard for the disabilities of the particular accused can only be applied in a general fashion to alter the objective standard. It seems preferable to me to continue to address the question of whether a subjective standard (a standard, I might add, that in its form is applied equally to all and consistent with individual responsibility) has been breached in each case than to introduce

solution de rechange pour une conclusion relative à l'état d'esprit répréhensible dans chaque cas. Par exemple, une directive au juge des faits selon laquelle il doit tenir un jeune accusé, doué d'une intelligence limitée et peu instruit, à une norme de conduite que l'on pourrait attendre d'une personne raisonnable de jeune âge, d'intelligence limitée et peu instruite, crée une norme fluctuante qui, à mon avis, sape les principes d'égalité et de responsabilité individuelle qui doivent prévaloir en droit criminel. Cela reviendrait à dire simplement au jury d'abaisser la norme de conduite attendue de ces personnes sans tenir compte du fait que, dans un cas particulier, l'accusé a atteint ou non le degré de connaissance coupable dont je parlais plus haut. Le professeur Fletcher dans «The Theory of Criminal Negligence: A Comparative Analysis» a défini la décision de rendre plus ou moins objective la norme de responsabilité, en incluant ou excluant des caractéristiques personnelles spécifiques, comme une [TRADUCTION] «décision de principe», «un mécanisme peu visible pour ajuster les intérêts de catégories adverses de plaideurs» et, avec égards, je dois donner mon accord à la critique suivante qu'il fait de ce processus, à la p. 408:

[TRADUCTION] En contexte de droit criminel, la question n'est pas d'ajuster les intérêts de catégories adverses de plaideurs, mais de justifier le fait, pour l'État, de priver une personne de sa liberté.

La solution du professeur Fletcher à ce problème, qui serait l'introduction d'un éventail complet d'excuses individualisées, est à mon avis très loin d'être réalisée dans la jurisprudence et la doctrine canadiennes de droit criminel et, par conséquent, j'estime que l'importance qu'il attache à la culpabilité de l'accusé est encore le mieux servie par le maintien de normes subjectives de responsabilité.

L'un des problèmes posés par tout effort d'individualisation d'un critère objectif, c'est que la prise en compte des lacunes d'un accusé donné ne peut être appliqué que d'une façon générale pour modifier le critère objectif. Il me semble préférable de continuer à se demander s'il y a eu violation d'un critère subjectif dans chaque cas (un critère, j'ajouterais, qui dans sa forme est appliqué également à tous et est conforme à la responsabilité

varying standards of conduct which will be only roughly related to the presence or absence of culpability in the individual case. Varying the level of conduct by factoring in some personal characteristics may be unavoidable if the court is faced with a clearly objective standard but it should, in my opinion, be avoided if the more exacting subjective test is available as a matter of statutory interpretation. I have no doubt that factors such as the accused's age and mental development will often be relevant to determining culpability but under a subjective test they will be relevant only as they relate to the question of whether the accused was aware of or wilfully blind to the prohibited risk and will not have to be factored in wholesale in order to adjust the standard of conduct that is expected from citizens.

Attempts to introduce subjective elements into objective standards risk not only being overinclusive in the sense that they mandate a lowering of the objective standard of liability on a characteristic by characteristic basis, they also risk the danger of being underinclusive for those accused who have idiosyncracies that cannot be articulated *ex ante* into the necessarily limited list of personal characteristics which can be grafted on to an objective standard. For example the characteristics listed by my colleague Lamer J. would not relieve the harshness of the application of an objective standard for a driver who because of a sudden injury or ailment drove a motor vehicle in a fashion which showed a reckless or wanton disregard for the lives and safety of others. It would not matter that the particular accused was not capable of advertent or wilfully closing his or her eyes to the prohibited risk; the conduct in itself would have breached the objective standard.

The limited range of personal characteristics which can be imported into a modified objective standard is often justified by the notion that a thoroughly subjective approach will allow those

individuelle) plutôt que d'introduire diverses normes de conduite qui n'auront qu'un rapport approximatif avec la présence ou l'absence de culpabilité dans un cas particulier. La variation de la norme de conduite par l'introduction de certaines caractéristiques personnelles est peut-être inévitable lorsque les tribunaux doivent appliquer un critère clairement objectif, mais on devrait, à mon avis, éviter cela quand l'interprétation de la loi autorise le recours au critère subjectif plus exigeant. Je ne doute nullement que des facteurs comme l'âge de l'accusé et son développement intellectuel seront souvent pertinents pour déterminer sa culpabilité, mais dans l'application d'un critère subjectif, ils ne seront pertinents que dans la mesure où ils se rapportent à la question de savoir si l'accusé avait conscience du danger prohibé ou refusait délibérément de le voir, et ils n'auront pas à être imposés globalement de façon à modifier la norme de conduite à laquelle doivent se conformer les citoyens.

L'introduction d'éléments subjectifs dans des critères objectifs risquerait non seulement d'avoir une portée trop large, au sens où elle imposerait l'abaissement du critère objectif de responsabilité pour tenir compte de chaque caractéristique, mais elle risquerait également d'être trop limitative à l'égard des accusés dont les particularités ne peuvent être définies à l'avance sur la liste nécessairement restreinte des caractéristiques personnelles susceptibles d'être greffées à un critère objectif. Ainsi, les caractéristiques personnelles mentionnées par mon collègue le juge Lamer n'atténueraient pas la sévérité de l'application d'un critère objectif à un automobiliste qui, en raison d'une blessure ou d'un mal soudain, conduit sa voiture d'une façon qui montre une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui. Il n'importerait pas que l'accusé en cause ait été incapable d'avoir conscience du danger prohibé ou de refuser délibérément de le voir; sa conduite en elle-même aurait violé le critère objectif.

On a souvent justifié l'éventail restreint des caractéristiques personnelles susceptibles d'être greffées à un critère objectif modifié en faisant valoir qu'un point de vue entièrement subjectif

who deprive themselves of normal awareness through voluntary intoxication or fits of temper to be exempted from criminal liability. My answer to this (it was also my answer in the cases of *R. v. Bernard*, *supra*, and *R. v. Quin*, [1988] 2 S.C.R. 825) is that greater attention must be paid to the minimal levels of guilty knowledge that are required for conviction of many offences of violence under the *Criminal Code*. It is, in my respectful view, perfectly permissible for the trier of fact to reason from an objective standard and ask the question: must not the accused have had the minimal awareness of what he or she was doing? The important point is that this question is rebuttable and leaves room for acquitting an accused who for whatever reason lacked the minimal awareness that would normally accompany the commission of high risk or violent acts.

I am in complete agreement with what my colleague Lamer J. has to say concerning the issue of constitutionality. I would only add that in light of this Court's decision in *R. v. Stevens*, [1988] 1 S.C.R. 1153, the *Charter* could not have been applied to the tragic events culminating in Christopher Tutton's death on October 17, 1981.

To sum up, although I agree with my colleagues as to the proper disposition of this appeal, I am unable to agree with their conclusion that the offence of manslaughter by criminal negligence consists of conduct in breach of an objective standard.

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

MCINTYRE J.—This appeal raises again the question of criminal negligence, as defined in s. 202 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, and the test to be applied by a jury in its application to a given case.

The respondents, Carol Anne Tutton and Arthur Thomas Tutton, were the parents of a five-year-old child, Christopher Tutton, who died on October 17, 1981. After a trial before judge and jury, the Tutttons were convicted of man-

permettrait à ceux qui se privent d'un état de conscience normal, par une intoxication volontaire ou des accès de colère, d'échapper à la responsabilité criminelle. À cela, je répondrai (c'est aussi la réponse que j'ai faite dans les arrêts *R. c. Bernard*, précité, et *R. c. Quin*, [1988] 2 R.C.S. 825) qu'il faut accorder une plus grande attention aux degrés minimaux de connaissance coupable qui sont requis pour qu'un accusé puisse être reconnu coupable de plusieurs actes de violence prévus au *Code criminel*. À mon avis, il est parfaitement loisible au juge des faits de raisonner selon un critère objectif et de se demander: l'accusé ne doit-il pas avoir eu une conscience minimale de ce qu'il ou elle faisait? L'important est que cette question peut être réfutée et qu'elle permet l'acquiescement de l'accusé qui, pour un motif quelconque, n'avait pas la conscience minimale accompagnant normalement des actes très dangereux ou violents.

Je souscris entièrement à ce qu'a dit mon collègue le juge Lamer sur la question de la constitutionnalité. J'ajouterai simplement qu'étant donné la décision de cette Cour dans l'affaire *R. c. Stevens*, [1988] 1 R.C.S. 1153, la *Charte* n'aurait pu s'appliquer aux événements tragiques qui ont conduit à la mort de Christopher Tutton le 17 octobre 1981.

Pour résumer, bien que je sois d'accord avec mes collègues sur l'issue de ce pourvoi, je ne saurais souscrire à leur conclusion que l'infraction d'homicide involontaire coupable par négligence criminelle consiste en une conduite contraire à un critère objectif.

Version française des motifs des juges McIntyre et L'Heureux-Dubé rendus par

LE JUGE MCINTYRE—Ce pourvoi soulève de nouveau la question de la négligence criminelle, que définit l'art. 202 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34 et le critère qu'un jury doit appliquer dans un cas particulier.

Les intimés, Carol Anne Tutton et Arthur Thomas Tutton, étaient les parents d'un enfant de cinq ans, Christopher Tutton, qui est décédé le 17 octobre 1981. À la suite d'un procès devant un juge et un jury, les Tutttons ont été reconnus coupables

slaughter because of his death. They appealed the conviction. The Court of Appeal (Dubin, Goodman, Tarnopolsky J.J.A.) in a judgment written for the court by Dubin J.A. (as he then was) allowed the appeals, set aside the convictions, and directed new trials. This appeal is taken by the Crown, by leave granted May 23, 1985.

The Tuttons, according to the evidence, which was unquestioned on this point, had a good reputation in their community for honesty and integrity and, as well, they were loving and responsible parents. They were also deeply religious and they belonged to a religious sect which believes in faith healing. Their religious convictions did not prevent them from seeking and acting on medical advice nor from taking medicines, but they believed that Divine intervention could miraculously effect cures for illnesses and ailments beyond the power of modern medical science.

In April of 1979, their family physician, a general practitioner named Love, diagnosed the child, Christopher, as a diabetic and admitted him to hospital where he remained for some weeks. While the child was in hospital, his mother attended classes at a diabetic education centre where she received instruction regarding insulin injections and the impact of diet and exercise on diabetes and diabetics. She also attended in July of 1979 a full week of seminars at a juvenile diabetic clinic to gain an understanding of her son's condition and to learn how to deal with it. There was then evidence upon which the jury could conclude that Mrs. Tutton had made herself competent to deal with her child's illness under general supervision from the family physician.

Throughout the son's illness, the Tuttons main concern was to find a cure for the boy. They both believed that there would be a spiritual cure. They discussed this possibility with Dr. Love who considered that there was no possibility of a miraculous cure, and in November of 1979 a diabetic

bles d'homicide involontaire coupable en raison de la mort de leur fils. Ils ont fait appel de la déclaration de culpabilité prononcée contre eux. La Cour d'appel (les juges Dubin, Goodman et Tarnopolsky), dans un jugement rédigé pour la cour par le juge Dubin (tel était alors son titre), a accueilli les appels, annulé les déclarations de culpabilité et ordonné de nouveaux procès. Le présent pourvoi est interjeté par le ministère public, sur autorisation accordée le 23 mai 1985.

Selon la preuve incontestée sur ce point, les Tutton passaient auprès de leurs concitoyens pour des gens honnêtes et intègres, ainsi que des parents affectueux et conscients de leurs responsabilités. Ils étaient aussi profondément religieux et appartenaient à une secte qui croit à la guérison par la foi. Leurs convictions religieuses ne les empêchaient pas de rechercher et de suivre des avis médicaux ni de prendre des médicaments, mais ils croyaient que l'intervention divine pouvait effectuer miraculeusement la guérison de maladies et de maux qui dépassent les possibilités de la science médicale contemporaine.

En avril 1979, leur médecin de famille, un généraliste nommé Love, a diagnostiqué le diabète chez Christopher Tutton et il l'a fait entrer à l'hôpital; l'enfant y est resté quelques semaines. Pendant qu'il était à l'hôpital, sa mère a assisté à des cours dispensés dans un centre d'information sur le diabète où elle a appris à donner des injections d'insuline et a reçu des renseignements sur l'effet de l'alimentation et de l'exercice sur le diabète et les diabétiques. En juillet 1979, elle a également suivi des séminaires pendant toute une semaine dans une clinique spécialisée dans le diabète de l'enfance afin de mieux comprendre la maladie de son fils et d'apprendre à y faire face. Il existe à cet égard des éléments de preuve qui permettaient au jury de conclure que M^{me} Tutton était devenue compétente pour traiter la maladie de son fils sous la surveillance générale du médecin de famille.

Tout au long de la maladie de leur fils, le souci principal des Tutton était d'obtenir sa guérison. Tous deux croyaient que se produirait une guérison spirituelle. Ils ont discuté de cette possibilité avec le docteur Love, qui considérait impossible une guérison miraculeuse et, en novembre 1979,

specialist from the Sick Children's Hospital in Toronto advised the respondents that their son would never be able to discontinue his insulin injections. He told the respondents not to discontinue the insulin treatments. However, on October 2, 1980, Mrs. Tutton stopped giving the child insulin in the belief that he was being healed by the power of the Holy Spirit. In two days, the child became quite ill and was taken to a hospital emergency unit. The physician who attended the child said that on admission to hospital the child was dangerously ill, suffering from diabetic acidosis, a potentially fatal disorder which was due to the absence of insulin. The doctor admonished the parents when he learned that they had consciously withheld the insulin. He told the parents that insulin would be required by their son for life, and after this incident Mr. Tutton assured the family physician that insulin would not be withheld in future without consulting a doctor. A year later, however, insulin was again stopped. Mrs. Tutton believed that she had a vision of God in which she was told that Christopher was cured, that no more insulin was needed, and that God would take care of her son. The insulin injections were stopped on October 14, 1981. Mr. Tutton did not know of the withdrawal of insulin until October 15 but on learning of it he approved. The child sickened quickly. On October 17, he was taken to the hospital where he was pronounced dead on arrival. The forensic pathologist who conducted a postmortem examination gave his opinion that death was caused by complications of diabetic hyperglycemia. The respondents were jointly charged with manslaughter in an indictment which provided:

ARTHUR TUTTON AND CAROL TUTTON stand charged that between the period of the 14th day of October, 1981, and the 17th day of October, 1981, both dates inclusive, at the Township of Wilmot, in the Judicial District of Waterloo, being the parents of Christopher Tutton, they did cause the death of Christopher Tutton, age five years, by criminal negligence, to wit, they did, without lawful excuse, omit to provide necessaries of life to Christopher Tutton, which was their duty to provide, thereby showing wanton or reckless disregard for the life or safety of the said Christo-

un spécialiste du Sick Children's Hospital de Toronto a avisé les intimés que leur fils ne pourrait jamais cesser ses injections d'insuline. Il a dit aux intimés de ne pas mettre fin au traitement à l'insuline. Cependant, le 2 octobre 1980, M^{me} Tutton a cessé de donner de l'insuline à son enfant parce qu'elle croyait que le Saint-Esprit avait commencé sa guérison. En l'espace de deux jours, l'enfant est devenu assez malade et a été transporté au service d'urgence d'un hôpital. Le médecin qui s'est occupé de l'enfant a dit qu'à son arrivée à l'hôpital, l'enfant était dangereusement malade, souffrant d'acidose diabétique, trouble potentiellement fatal dû à l'absence d'insuline. Le médecin a admonesté les parents quand il a appris qu'ils avaient délibérément privé leur fils d'insuline. Il leur a dit que leur enfant aurait besoin d'insuline toute sa vie et, après cet incident, M. Tutton a assuré au médecin qu'à l'avenir, son fils ne serait pas privé d'insuline sans qu'un médecin ait été consulté. Toutefois, un an plus tard, l'insuline a été de nouveau retirée. Madame Tutton croyait avoir eu une vision divine dans laquelle Christopher était guéri, l'insuline ne lui était plus nécessaire et Dieu prendrait soin de son fils. Les injections d'insuline ont cessé le 14 octobre 1981. Monsieur Tutton n'a pas été mis au courant du retrait de l'insuline avant le 15 octobre mais quand il l'a appris il a donné son accord. L'enfant est rapidement tombé malade. Le 17 octobre, il a été transporté à l'hôpital, où son décès a été constaté à son arrivée. Selon le médecin légiste qui a procédé à l'examen de l'enfant après son décès, sa mort était due à des complications causées par l'hyperglycémie diabétique. Les intimés ont été conjointement accusés d'homicide involontaire coupable aux termes d'un acte d'accusation qui contenait notamment ce qui suit:

[TRADUCTION] ARTHUR TUTTON ET CAROL TUTTON sont accusés d'avoir causé, par négligence criminelle, la mort de leur enfant Christopher Tutton, âgé de cinq ans, entre le 14 octobre 1981 et le 17 octobre 1981, inclusivement, dans le canton de Wilmot, district judiciaire de Waterloo, et plus précisément, d'avoir, sans excuse légitime, omis de fournir à leur enfant, Christopher Tutton, comme ils étaient tenus de le faire, les choses nécessaires à l'existence, montrant de la sorte une insouciance déréglée et téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité dudit Christopher Tutton et commettant

pher Tutton, and did thereby commit manslaughter, contrary to the Criminal Code.

Particulars were given in these terms:

It is further particularized that the said Arthur Tutton and Carol Tutton failed, without lawful excuse, while their said son, Christopher, was in necessitous circumstances,

- (1) to provide insulin to him
- (2) to obtain timely medical assistance for him.

The relevant statutory provisions which were considered in the courts below are set out hereunder:

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

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

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

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

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

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

202. (1) Every one is criminally negligent who

(a) in doing anything, or

(b) in omitting to do anything that it is his duty to do,

shows wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons.

(2) For the purposes of this section, "duty" means a duty imposed by law.

At trial, the defence was that as far as the Crown's case rested on the failure to provide insulin the Tuttons honestly believed that Christopher had been cured by Divine intervention and, therefore, no further insulin was necessary. This would

ainsi un homicide involontaire coupable, en violation du Code criminel.

Les détails donnés précisaient:

a [TRADUCTION] Il est en outre précisé que lesdits Arthur Tutton et Carol Tutton ont omis, sans excuse légitime et lorsque leur fils Christopher en avait besoin,

- (1) de lui donner de l'insuline,
- b (2) de lui procurer des soins médicaux en temps utile.

Les dispositions législatives pertinentes considérées par les tribunaux d'instance inférieure sont les suivantes:

c **197.** (1) Toute personne est légalement tenue

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

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

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

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

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

g **202.** (1) Est coupable de négligence criminelle quiconque,

h a) en faisant quelque chose, ou

b) en omettant de faire quelque chose qu'il est de son devoir d'accomplir,

montre une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui.

i (2) Aux fins du présent article, l'expression «devoir» signifie une obligation imposée par la loi.

j Au procès, la défense a fait valoir que, dans la mesure où la preuve de la poursuite reposait sur l'omission des Tutton de fournir de l'insuline à leur fils, ceux-ci croyaient sincèrement que Christopher avait été guéri par l'intervention divine et que, par

raise the defence of an honest though mistaken belief in the existence of a circumstance or circumstances which, if present, would render their conduct non-culpable. It was also argued that as far as the Crown's case depended upon a failure to provide timely medical assistance for their son, the parents were unaware of the fact that he was seriously ill as a result of the withdrawal of the insulin and, accordingly, their conduct in this regard could not be said to exhibit a wanton or reckless disregard for the life or safety of their son.

The judgment of the Court of Appeal is now reported at (1985), 18 C.C.C. (3d) 328. Dubin J.A. after reviewing the facts noted that the indictment as drawn involved two offences: manslaughter, and failing to provide necessities under s. 197 of the *Criminal Code*. He recognized that this made for a difficult charge to the jury involving, as it did, a charge of manslaughter in respect of which the onus of proof beyond a reasonable doubt rested entirely upon the Crown, and, as well, a charge in respect of which the Crown was required only to prove beyond reasonable doubt the duty to provide necessities and a failure to do so, following which to escape conviction the accused was required to prove a lawful excuse on a balance of probabilities. Dubin J.A. in his reasons reproduced substantial parts of the charge and concluded that the jury might well have been confused as to the burden of proof and may have formed the impression that the accused were under a burden to show an excuse, both with respect to the failure to provide necessities and to the charge of manslaughter.

In considering the charge, it seems to me, that in so far as it dealt with the burden of proof on manslaughter it was an adequate statement of the law. At the risk of undue repetition, I will reproduce the manslaughter portion of the charge referred to by Dubin J.A., at p. 335 in the report:

conséquent, il n'était plus nécessaire de lui donner de l'insuline. Cela leur permettrait d'opposer la défense de la croyance sincère bien qu'erronée en l'existence de circonstances qui, si elles étaient présentes, rendraient leur conduite non coupable. La défense a aussi soutenu que, dans la mesure où la poursuite se fondait sur le défaut des Tutton de fournir à leur fils des soins médicaux en temps utile, ceux-ci ne se rendaient pas compte qu'il était sérieusement malade en raison du retrait de l'insuline, et qu'en conséquence, on ne saurait dire que, de ce point de vue, leur conduite montrait une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité de leur fils.

On peut lire le jugement de la Cour d'appel au (1985), 18 C.C.C. (3d) 328. Le juge Dubin, après avoir étudié les faits, a noté que l'acte d'accusation, tel qu'il était rédigé, faisait état de deux infractions: l'homicide involontaire coupable, et l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence en vertu de l'art. 197 du *Code criminel*. Il a reconnu que cela compliquait l'exposé au jury qui portait, d'une part, sur une accusation d'homicide involontaire coupable à l'égard duquel le fardeau de la preuve hors de tout doute raisonnable incombait entièrement à la poursuite et, d'autre part, sur une accusation pour laquelle la poursuite n'avait qu'à faire la preuve hors de tout doute raisonnable de l'obligation de fournir les choses nécessaires à l'existence et de l'inexécution de cette obligation, alors que les accusés étaient tenus, pour se disculper, de démontrer, suivant la prépondérance des probabilités, l'existence d'une excuse légitime. Dans ses motifs, le juge Dubin a reproduit de longs extraits de l'exposé au jury et il a conclu que les jurés pouvaient ne pas avoir bien compris le fardeau de la preuve et avoir eu l'impression que les accusés étaient tenus d'apporter la preuve d'une excuse, tant à l'égard de l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence qu'à l'égard de l'accusation d'homicide involontaire coupable.

L'exposé au jury me paraît être un exposé exact du droit, quand il traite du fardeau de la preuve en matière d'homicide involontaire coupable. Au risque d'une répétition inutile, je vais reproduire la partie de l'exposé au jury relative à l'homicide involontaire coupable visée par le juge Dubin à la p. 335 du recueil:

To succeed on this indictment therefore the Crown must satisfy you, beyond a reasonable doubt, of each and every one of these following elements:—

That it was the duty of the Tuttons to provide Christopher with the necessaries of life;

That they omitted to do so without lawful excuse;

That in omitting to do so they showed wanton or reckless disregard for the life or safety of Christopher;

and that it was that omission or failure which did cause his death.

and, further, he said:

Another element which the Crown must establish is that the accused omitted to provide Christopher with insulin and timely medical assistance without lawful excuse. Excuse of course means excuse in law. A lawful excuse might be that the person does not have the money to purchase insulin or that because of some personal or physical incapacity he is unable to obtain the insulin or that he or she did not know how to administer it. It is not a lawful excuse for a person to have religious beliefs that say it is wrong to give insulin or that God has told them that it is not necessary to give insulin to a child. The law of this country is paramount and must be obeyed by everyone without exception.

To sum up then. To succeed on this indictment the Crown must satisfy you, beyond a reasonable doubt. Firstly, that it was the duty of the Tuttons to provide Christopher with the necessaries of life, namely his daily injections of insulin and timely medical assistance. That they failed to do so without lawful excuse. That in omitting to do so they showed wanton or reckless disregard for his life or safety. That it was that omission or failure which caused his death. If the Crown has so satisfied you then you will return a verdict of guilty on this indictment. [Emphasis in original.]

Dubin J.A. agreed that in that portion of the charge the onus to negate a lawful excuse had been placed upon the Crown, but he then considered a further portion of the charge, at p. 336, which is also reproduced below:

[TRADUCTION] Pour que l'acte d'accusation soit retenu, la poursuite doit vous convaincre, hors de tout doute raisonnable, de chacun des éléments suivants: —

^a Que les Tutton étaient tenus de fournir à Christopher les choses nécessaires à l'existence;

Qu'ils ont omis de le faire sans excuse légitime;

^b Qu'en omettant de le faire, ils ont montré une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité de Christopher;

et que c'est cette omission ou ce défaut qui ont causé sa mort.

et plus loin, il dit:

^c [TRADUCTION] Un autre élément que la poursuite doit établir est que les accusés ont omis de fournir à Christopher de l'insuline et des soins médicaux en temps utile sans excuse légitime, le mot excuse s'entendant ^d évidemment d'une excuse en droit. Une excuse légitime pourrait être que la personne concernée n'a pas l'argent nécessaire pour acheter de l'insuline, ou qu'en raison d'une quelconque incapacité personnelle ou physique, elle est incapable d'obtenir l'insuline, ou encore qu'elle ^e ne sait pas comment l'administrer. Ce n'est pas une excuse légitime que d'avoir certaines convictions religieuses selon lesquelles il ne serait pas bien de donner de l'insuline ou encore selon lesquelles Dieu aurait dit qu'il ^f n'est pas nécessaire de donner de l'insuline à un enfant. La loi du pays est prépondérante et elle doit être respectée par tous sans exception.

Résumons donc. Pour que l'acte d'accusation soit retenu, la poursuite doit vous convaincre, hors de tout doute raisonnable. Premièrement, que les Tutton étaient ^g tenus de fournir à Christopher les choses nécessaires à l'existence, c'est-à-dire son injection quotidienne d'insuline et des soins médicaux en temps utile. Qu'ils ont omis de le faire sans excuse légitime. Qu'en omettant de le faire, ils ont montré une insouciance déréglée ou ^h téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité de leur enfant, et enfin, que c'est cette omission ou ce défaut qui ont causé la mort de Christopher. Si la poursuite vous a persuadés de ce qui précède, vous devez alors rendre un verdict de culpabilité relativement à cet acte d'accusation. [Italiques dans le texte original.]

ⁱ Le juge Dubin a convenu que, dans cette partie de l'exposé, l'obligation de réfuter la présence d'une excuse légitime était imposée à la poursuite, mais ^j il a ensuite reporté son attention sur une autre partie de l'exposé au jury, à la p. 336, que je reproduis également:

Now I have already reviewed all of those essential ingredients that make up this charge and I don't propose to go through them with you again.

The first two elements will give you no problem. Those two elements are that the accused are the parents of Christopher and he was under the age of sixteen years. That has been admitted.

The next issue. Has the Crown proved, beyond a reasonable doubt, that they failed to provide him with the necessities of life. I have already instructed you on the law on that issue.

Finally the Crown must prove, beyond a reasonable doubt, that their failure to provide their child with the necessities of life endangered his life.

Now if the Crown does prove those items that is not the end of the matter. *You have to go on and determine if the accused have proved that they had a lawful excuse which would entitle them to be acquitted. The question of lawful excuse has already been discussed with you and as I indicated to you it is to be determined on all of the facts of the circumstances of this case.*

I have reviewed with you the evidence and the explanation of the accused as to why they withdrew insulin from him and I have also reviewed with you what constituted a lawful excuse. I told you that the burden would be on the accused to prove lawful excuse. Parliament has enacted that special provision. But this burden on the accused is not as heavy as the burden on the Crown. The Crown has to prove all of the elements of the offence beyond a reasonable doubt. The burden on the accused, with respect to proving lawful excuse, is only to show on a balance of probabilities that they had a lawful excuse.

So, if on balance, it comes down in favour of the accused that they have proved lawful excuse they are entitled to be acquitted. If on balance it comes down against them and they have not proved lawful excuse and the Crown having proved everything that it has to prove, beyond a reasonable doubt, you will then be obliged to convict. Now if the balance is so even on this issue of lawful excuse that you cannot decide one way or the other then they have not discharged the burden and they have not proved lawful excuse and you should convict. [Emphasis in original.]

[TRADUCTION] J'ai déjà passé en revue tous les éléments essentiels de l'acte d'accusation et je n'ai pas l'intention de les revoir de nouveau avec vous.

Les deux premiers éléments ne vous causeront pas de problème. Ces deux éléments sont que les accusés sont les parents de Christopher et que ce dernier était âgé de moins de seize ans. Cela a été reconnu.

Passons à la question suivante. La poursuite a-t-elle prouvé, hors de tout doute raisonnable, qu'ils ont omis de fournir à leur fils les choses nécessaires à l'existence. Je vous ai déjà mis au fait du droit sur ce point.

Finalement, la poursuite doit prouver, hors de tout doute raisonnable, que leur omission de fournir à leur enfant les choses nécessaires à l'existence a mis sa vie en danger.

Or, même si la poursuite fait la preuve de ces éléments, cela ne règle pas la question. *Vous devez ensuite déterminer si les accusés ont prouvé qu'ils avaient une excuse légitime qui leur permettrait d'être acquittés. On a déjà discuté avec vous de la question de l'excuse légitime, et je vous ai indiqué qu'elle doit être déterminée compte tenu de tous les faits propres aux circonstances de l'espece.*

J'ai revu avec vous les éléments de preuve et l'explication des accusés concernant la raison pour laquelle ils ont cessé de donner de l'insuline à leur fils, et j'ai aussi examiné avec vous ce qui constitue une excuse légitime. Je vous ai dit qu'il incombait aux accusés de prouver qu'ils avaient une excuse légitime. Le Parlement a édicté cette disposition particulière. Mais ce fardeau qui incombe aux accusés n'est pas aussi lourd que celui imposé à la poursuite. La poursuite doit faire la preuve de tous les éléments de l'infraction hors de tout doute raisonnable. Le fardeau qui incombe aux accusés, en ce qui concerne la preuve de l'excuse légitime, consiste simplement à démontrer que, selon la prépondérance des probabilités, ils avaient une excuse légitime.

Donc, si la prépondérance des probabilités va en faveur des accusés et de l'excuse légitime qu'ils ont invoquée, ils méritent d'être acquittés. Par contre, si la prépondérance des probabilités va contre les accusés et s'ils n'ont pas fait la preuve de l'excuse légitime, alors que la poursuite a prouvé tout ce qu'elle avait à prouver, hors de tout doute raisonnable, vous devez rendre un verdict de culpabilité. Et si, en ce qui concerne la question de l'excuse légitime, vous ne pouvez trancher ni dans un sens ni dans l'autre, c'est que les accusés ne se sont pas acquittés de l'obligation qui leur incombait, ils n'ont pas fait la preuve d'une excuse légitime, et vous devez les déclarer coupables. [Italiques dans le texte original.]

Dubin J.A. considered that the jury may have formed the impression from these comments that, both with respect to the underlying question concerning the provision of necessities of life and the actual offence charged, manslaughter, there was a burden on the accused to show on a balance of probabilities that they had a lawful excuse. He considered this resulted in reversible error and on that basis a new trial would be required.

I am in agreement with him on that point because of the complications arising out of the form of the indictment and the confusion concerning the burden of proof which varied with different aspects of the offence charged. In my view, this would be sufficient to resolve the appeal, but because of the nature of this case Dubin J.A. felt obliged to go further and deal with other issues raised by the parties. Some comment is required, then, from this Court.

The indictment and its particulars have been reproduced above and, of course, the Crown is bound by what it has pleaded. The Crown has alleged that the appellants have caused the death of their son by criminal negligence and did thereby commit manslaughter. It has particularized its allegation in the indictment and also in the particulars, alleging that the appellants without lawful excuse did omit to provide necessities of life to their son which it was their duty to provide. This failure is the basis of the allegation of wanton or reckless disregard for the life or safety of their son and it is the sole basis on which the charge of manslaughter may be supported. It is therefore clear that while the appellants are charged with the commission of one specific offence, manslaughter, the Crown may only succeed in its proof by establishing the commission of a different offence, provided for in s. 197(2) of the *Criminal Code*, and one in which a burden of proof relating to the question of lawful excuse is imposed on the accused.

The task of a trial judge charging a jury in these circumstances would be difficult and, in my view, it would be necessary to keep clearly separate the

Le juge Dubin a considéré que ces commentaires avaient pu donner l'impression au jury, aussi bien en ce qui concerne la question sous-jacente visant les choses nécessaires à l'existence que le chef d'accusation lui-même, soit l'homicide involontaire coupable, que les accusés étaient tenus de démontrer que, selon la prépondérance des probabilités, ils avaient une excuse légitime. Il a considéré que cela était cause d'une erreur donnant lieu à révision et qu'en conséquence, un nouveau procès s'imposait.

Je suis d'accord avec lui sur ce point en raison des complications suscitées par la forme de l'acte d'accusation et de la confusion concernant le fardeau de la preuve, qui variait selon les différents aspects du chef d'accusation. À mon sens, cela suffirait pour décider du pourvoi, mais vu la nature de cette affaire, le juge Dubin s'est senti obligé d'aller plus loin et de traiter d'autres questions soulevées par les parties. Cette Cour doit donc faire certains commentaires.

L'acte d'accusation et les détails donnés ont déjà été reproduits et, naturellement, la poursuite est liée par ce qu'elle a plaidé. La poursuite a allégué que les appelants ont causé la mort de leur fils par négligence criminelle et qu'ils se sont ainsi rendus coupables d'homicide involontaire coupable. Elle a précisé ses allégations dans l'acte d'accusation et aussi dans les chefs d'accusation, soutenant que les appelants ont, sans excuse valable, omis de fournir à leur fils les choses nécessaires à l'existence, comme ils y étaient tenus. Cette omission est le fondement de l'allégation d'insouciance déréglée et téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité de l'enfant, et elle est le seul fondement sur lequel peut reposer le chef d'accusation d'homicide involontaire coupable. Il est donc clair que, même si les appelants sont accusés d'un acte criminel particulier, l'homicide involontaire coupable, on ne peut en faire la preuve qu'en établissant la perpétration d'une infraction différente, prévue au par. 197(2) du *Code criminel* et à l'égard de laquelle il incombe aux accusés de prouver qu'ils avaient une excuse légitime.

Un exposé au jury dans de telles circonstances est une tâche difficile et, à mon sens, le juge du procès doit tenir nettement distincts les deux

two offences or the elements of the two offences which must be dealt with. This could be achieved by approaching the charge in two steps. The first step, I suggest, would be to deal with the underlying offence in s. 197(2) of the *Code*, for under this indictment until this question is settled no approach can be made to the crime of manslaughter actually charged. The jury should be instructed on the elements of the offence under s. 197 and told that for a conviction under that section they must be satisfied beyond a reasonable doubt that the appellants were under a duty to provide necessaries of life to their son, and that they failed to do so without lawful excuse. If they were not so satisfied, they would acquit the accused and go no further, for the sole basis of the manslaughter allegation would be gone. If, however, they were to find that the accused had failed to provide the necessaries without lawful excuse, then it would be necessary for them to go further and consider whether in such failure they had shown a wanton and reckless disregard for the life and safety of their son. If the jury were satisfied beyond a reasonable doubt that such conduct had been shown and that it had caused the death of the child, they would be obligated to convict of manslaughter, and on this indictment that is the only way a conviction of manslaughter could be reached. If, on the other hand, the jury were not so satisfied, they would be required to acquit the accused of the crime of manslaughter. If, however, they were satisfied that the necessaries of life had been withheld but in doubt as to whether the deprivation was the cause of the son's death, they could in that case convict of the included offence under s. 197, otherwise they would acquit. The advantage, in my view, of putting the matter to the jury in this manner is that it would clarify the separate issues and make it clear that in reaching a conclusion on the offence of manslaughter, it is the conduct of the parents in relation to the provision of necessaries and medical assistance which must

infractions ou les éléments des infractions à examiner. On peut y arriver par une étude de l'accusation en deux temps. Le premier, à mon avis, consisterait à examiner l'infraction sous-jacente prévue au par. 197(2) du *Code*, car en vertu de l'acte d'accusation tant que cette question n'a pas été réglée, il n'est pas possible d'aborder la question de l'homicide involontaire coupable dont les intimés sont accusés. Le jury doit recevoir des directives quant aux éléments de l'infraction prévue à l'art. 197 et être avisé que, pour rendre un verdict de culpabilité en vertu de cet article, il doit être convaincu hors de tout doute raisonnable que les accusés étaient tenus de fournir à leur fils les choses nécessaires à l'existence et qu'ils ont omis de le faire sans excuse légitime. Si le jury n'en est pas convaincu, il doit acquitter les accusés et ne pas aller plus loin, car tout le fondement de l'allégation d'homicide involontaire coupable disparaît. Cependant, si le jury devait conclure que les accusés ont omis de fournir les choses nécessaires à l'existence de leur fils sans excuse légitime, il serait alors tenu de procéder plus avant et de se demander si les accusés, en agissant de la sorte, ont montré une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité de leur fils. Si le jury était convaincu hors de tout doute raisonnable qu'une telle conduite avait été démontrée et qu'elle avait causé la mort de l'enfant, il serait tenu de rendre un verdict d'homicide involontaire coupable; selon le présent acte d'accusation, c'est la seule façon de parvenir à un tel verdict. Si, par ailleurs, le jury n'était pas convaincu de ce qui précède, il aurait l'obligation d'acquitter les accusés de l'accusation d'homicide involontaire coupable. Si, toutefois, le jury était convaincu que la victime avait été privée des choses nécessaires à l'existence, mais s'il n'était pas certain que cette privation avait causé sa mort, le jury pourrait dans ce cas reconnaître les accusés coupables de l'infraction comprise prévue à l'art. 197, sinon il devrait les acquitter. À mon sens, l'avantage qu'il y a à présenter l'affaire au jury de cette façon, c'est que cela rendrait plus claires les questions distinctes et indiquerait nettement au jury que pour parvenir à une conclusion sur l'acte criminel d'homicide involontaire coupable, c'est la conduite des parents quant à la fourniture des choses néces-

be considered in deciding if wanton and reckless disregard has been shown.

In reaching a conclusion as to whether the conduct of an accused person has shown, within the meaning of s. 202 of the *Criminal Code*, wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons, the authorities dictate an objective test: see the review of the authorities on this subject by Cory J.A. for the Court of Appeal in *R. v. Waite* (1986), 28 C.C.C. (3d) 326, approved in this Court, [1989] 1 S.C.R. 1436. Indeed, in the Court of Appeal, Dubin J.A. accepted the objective test as one of general application, but made an exception in cases where the conduct complained of consisted of an act or acts of omission, as opposed to those of commission. In such cases, it was his view that occasions would arise where a subjective test would be required where acts of omission were under consideration. He considered this was such a case. It is my view, however, that no such distinction as Dubin J.A. would adopt may be made. I am wholly unable to see any difference in principle between cases arising from an omission to act and those involving acts of commission. Indeed, the words of s. 202 of the *Code* make it clear that one is criminally negligent who, in doing anything or in omitting to do anything that it is his duty to do, shows wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons. The objective test must, therefore, be employed where criminal negligence is considered for it is the conduct of the accused, as opposed to his intention or mental state, which is examined in this inquiry.

Our concept of criminal culpability relies primarily upon a consideration of the mental state which accompanies or initiates the wrongful act, and the attribution of criminal liability without proof of such a blameworthy mental state raises serious concerns. Nonetheless, negligence has become accepted as a factor which may lead to criminal liability and strong arguments can be raised in its favour. Section 202 of the *Criminal Code* affords an example of its adoption. In choosing the test to be applied in assessing conduct

saires à l'existence et des soins médicaux qu'il doit considérer pour décider si la preuve a été faite d'une insouciance déréglée et téméraire.

Pour décider si la conduite d'un accusé montre, au sens que l'art. 202 du *Code criminel* donne à cette expression, une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui, la jurisprudence dicte un critère objectif: voir l'étude des décisions sur ce sujet faite par le juge Cory pour la Cour d'appel, dans l'arrêt *R. v. Waite* (1986), 28 C.C.C. (3d) 326, approuvé par notre Cour, [1989] 1 R.C.S. 1436. En effet, en Cour d'appel, le juge Dubin a considéré le critère objectif comme étant d'application générale, mais il a fait une exception dans les cas où la conduite reprochée consiste en une ou des omissions par opposition à un acte concret. Dans de tels cas, il s'est dit d'avis qu'il se présenterait des situations où un critère subjectif devrait être appliqué quand il s'agirait de juger des omissions. Il a considéré que tel était le cas en l'espèce. J'estime toutefois que l'on ne peut faire la distinction que préconise le juge Dubin. Je suis totalement incapable de voir une différence de principe entre les affaires mettant en cause une omission et celles qui mettent en cause un acte concret. En effet, l'art. 202 du *Code* dit clairement qu'est coupable de négligence criminelle quiconque, en faisant quelque chose ou en omettant de faire quelque chose qu'il est de son devoir d'accomplir, montre une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui. Le critère objectif doit par conséquent être appliqué en matière de négligence criminelle, car c'est la conduite de l'accusé, par opposition à son intention ou son état d'esprit, qui est étudiée dans le cadre de cet examen.

Notre concept de culpabilité criminelle repose principalement sur l'examen de l'état d'esprit qui accompagne l'acte délictueux ou lui donne naissance, et l'attribution de la responsabilité criminelle sans la preuve d'un tel état d'esprit répréhensible peut donner lieu à de graves inquiétudes. Néanmoins, la négligence est reconnue maintenant comme l'un des facteurs susceptibles d'entraîner la responsabilité criminelle et de forts arguments peuvent être soulevés à l'appui. L'article 202 du *Code criminel* en est un exemple. Dans le choix du

under s. 202 of the *Code*, it must be observed at once that what is made criminal is negligence. Negligence connotes the opposite of thought-directed action. In other words, its existence precludes the element of positive intent to achieve a given result. This leads to the conclusion that what is sought to be restrained by punishment under s. 202 of the *Code* is conduct, and its results. What is punished, in other words, is not the state of mind but the consequence of mindless action. This is apparent, I suggest, from the words of the section, which make criminal, conduct which shows wanton or reckless disregard. It may be observed as well that the words "wanton or reckless" support this construction, denying as they do the existence of a directing mental state. Nor can it be said that criminal negligence, as defined in s. 202, imports in its terms some element of malice or intention. This point was made in the Crown's *factum* in paragraph 41, which provided, in part:

The plain and ordinary meaning of the terms "wanton" and "reckless" when used in connection with the concept of negligence would seem to include a state of being heedless of apparent danger. Section 202(1) does not use the term "reckless" as an extended definition of intention or malice, but rather employs the term as part of a definition of conduct which amounts to "negligence" in a criminal context.

In my view, then, an objective standard must be applied in determining this question because of the difference between the ordinary criminal offence, which requires proof of a subjective state of mind, and that of criminal negligence. In criminal cases, generally, the act coupled with the mental state or intent is punished. In criminal negligence, the act which exhibits the requisite degree of negligence is punished. If this distinction is not kept clear, the dividing line between the traditional *mens rea* offence and the offence of criminal negligence becomes blurred. The difference, for example, between murder and manslaughter, both unlawful killings, is merely one of intent. If the question of an accused's intent had to be considered and separately proved in offences under s. 202 of the *Code*, the purpose of the section would be defeated because intentional conduct would perforce be considered under other sections of the *Code* and s.

critère à appliquer pour juger la conduite visée à l'art. 202 du *Code*, soulignons immédiatement que ce qui est rendu criminel est la négligence. La négligence implique le contraire de l'acte réfléchi.

^a En d'autres termes, son existence exclut l'intention positive de parvenir à un résultat donné. Cela permet de conclure que la sanction prévue à l'art. 202 du *Code* vise à empêcher une façon d'agir, et ses conséquences. Ce qui est puni, en d'autres ^b mots, n'est pas un état d'esprit mais les conséquences d'une action irréfléchie. J'estime que cela ressort du libellé de l'article, qui fait un crime de la conduite qui montre une insouciance déréglée ou ^c téméraire. On peut également remarquer que les mots «déréglée ou téméraire» appuient cette conclusion car ils nient l'existence d'une pensée directrice. On ne peut dire non plus que la négligence criminelle, visée à l'art. 202, implique un élément ^d de malveillance ou une intention. La poursuite en fait état au paragraphe 41 de son mémoire:

[TRADUCTION] Le sens clair et ordinaire des termes «déréglée» et «téméraire» utilisés en rapport avec la notion de négligence semblerait comprendre le fait ^e d'être peu soucieux d'un danger apparent. Le paragraphe 202(1) n'emploie pas le terme «téméraire» comme une extension de la définition de l'intention ou de la malveillance, mais il utilise plutôt le terme comme élément de la définition d'une conduite qui équivaut à la ^f «négligence» dans un contexte criminel.

Donc, à mon sens, un critère objectif doit s'appliquer à la détermination de cette question en raison ^g de la différence entre d'une part l'acte criminel ordinaire, qui requiert la preuve d'un état d'esprit subjectif, et d'autre part la négligence criminelle. Dans les affaires criminelles, en général, c'est l'acte joint à l'état d'esprit ou à l'intention qui est ^h puni. En matière de négligence criminelle, l'acte qui montre le degré voulu de négligence est puni. Si cette distinction n'est pas clairement maintenue, la limite entre l'infraction traditionnelle exigeant la *mens rea* et l'infraction que constitue la ⁱ négligence criminelle devient floue. La différence, par exemple, entre le meurtre et l'homicide involontaire coupable, qui sont tous deux des homicides réprimés par la loi, réside dans l'intention. Ce serait aller contre l'objet de l'art. 202 du *Code* que ^j d'étudier et de prouver séparément l'intention de l'accusé relativement aux infractions visées à cet

202, aimed at mindless but socially dangerous conduct, would have no function. For these reasons, the objective test should be employed and, in my view, the Court of Appeal was in error in concluding in this case that a subjective test would be required. The test is that of reasonableness, and proof of conduct which reveals a marked and significant departure from the standard which could be expected of a reasonably prudent person in the circumstances will justify a conviction of criminal negligence.

In reaching this conclusion, I am not overlooking the comments I made in *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570, at pp. 581-82, which were cited by counsel for the appellant. In *Sansregret v. The Queen*, I expressed the view that "recklessness, to form a part of the criminal *mens rea*, must have an element of the subjective". I then went on to say that, "[i]t is in this sense that the term 'recklessness' is used in the criminal law and it is clearly distinct from the concept of civil negligence". It was argued upon the basis of these words and later comments on the nature of negligence in relation to the criminal law that a subjective test should therefore be applied in considering the existence of criminal negligence under s. 202 of the *Code*. I would reject that argument on the basis that the concept of recklessness there described is not applicable in a case under s. 202 of the *Code*. *Sansregret* was charged with rape, a crime which involves positive mind-directed conduct on the part of the accused which aims at the accomplishment of a specific result. It is a traditional *mens rea* offence and a mental state must be proved, in that case an intention to persist with his purpose despite the fact that the complainant's consent has been extorted by threats and fear. Recklessness on his part forms a part of the *mens rea* (the blameworthy state of mind) and has to be proved on a subjective basis as part of the mental element of the offence. In this sense, the words in *Sansregret v. The Queen* are apposite. Section 202, on the other hand, has created a separate offence; an offence which makes negligence—the exhibition of wanton or reckless behaviour—a crime in

article, car la conduite intentionnelle serait nécessairement examinée en vertu d'autres articles du *Code* et l'art. 202, qui vise une conduite irréfléchie, mais socialement dangereuse, n'aurait aucune fonction. Pour ces motifs, le critère objectif devrait être appliqué et, à mon sens, la Cour d'appel a eu tort de conclure dans cette affaire qu'il fallait utiliser un critère subjectif. Le critère vise le caractère raisonnable de la conduite en cause, et la preuve d'une conduite qui révèle une dérogation marquée et importante à ce que l'on est en droit d'attendre d'une personne raisonnablement prudente dans les circonstances, justifiera un verdict de négligence criminelle.

En tirant cette conclusion, je n'oublie pas les commentaires que j'ai faits dans l'arrêt *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570, aux pp. 581 et 582, et que l'avocat de l'appelante a cités. Dans l'arrêt *Sansregret c. La Reine*, j'ai exprimé l'opinion que «l'insouciance doit comporter un élément subjectif pour entrer dans la composition de la *mens rea* criminelle». J'ai ensuite ajouté que «[c]'est dans ce sens qu'on emploie le terme «insouciance» en droit criminel et il est nettement distinct du concept de négligence en matière civile.» On a soutenu en s'appuyant sur ces mots et sur des commentaires postérieurs sur la nature de la négligence en droit criminel qu'il fallait par conséquent appliquer un critère subjectif pour s'interroger sur l'existence de la négligence criminelle en vertu de l'art. 202 du *Code*. Je suis d'avis de rejeter cet argument au motif que le concept de l'insouciance dont il était question dans cette affaire ne s'applique pas dans un cas visé à l'art. 202 du *Code*. *Sansregret* était accusé de viol, un crime qui implique de la part de l'accusé une conduite positive et voulue, qui vise la réalisation d'un résultat particulier. C'est une infraction traditionnelle exigeant la *mens rea* et il faut prouver un certain état d'esprit, dans ce cas-là l'intention de persévérer dans une entreprise en dépit du fait que le consentement de la plaignante a été extorqué par les menaces et la crainte. L'insouciance de la part de l'accusé fait partie de la *mens rea* (l'état d'esprit répréhensible) et elle doit être prouvée selon un critère subjectif comme partie de l'élément moral de l'infraction. En ce sens, les extraits tirés de l'arrêt *Sansregret c. La Reine* sont pertinents. L'article 202, en revan-

itself and has thus defined its own terms. As noted by Cory J.A. in *R. v. Waite*, s. 202 of the *Code* was enacted in its present form as a codification of the offence which had emerged in Canadian jurisprudence, and in respect of which the necessary *mens rea* may be inferred on an objective basis from the acts of the accused.

The application of an objective test under s. 202 of the *Code*, however, may not be made in a vacuum. Events occur within the framework of other events and actions and when deciding on the nature of the questioned conduct surrounding circumstances must be considered. The decision must be made on a consideration of the facts existing at the time and in relation to the accused's perception of those facts. Since the test is objective, the accused's perception of the facts is not to be considered for the purpose of assessing malice or intention on the accused's part but only to form a basis for a conclusion as to whether or not the accused's conduct, in view of his perception of the facts, was reasonable. This is particularly true where, as here, the accused have raised the defence of mistake of fact. If an accused under s. 202 has an honest and reasonably held belief in the existence of certain facts, it may be a relevant consideration in assessing the reasonableness of his conduct. For example, a welder, who is engaged to work in a confined space believing on the assurance of the owner of the premises that no combustible or explosive material is stored nearby, should be entitled to have his perception, as to the presence or absence of dangerous materials, before the jury on a charge of manslaughter when his welding torch causes an explosion and a consequent death.

As noted earlier, the Tuttons raised the defence of mistake of fact at trial. They argued that the failure to supply insulin was based upon the belief

che, a créé une infraction distincte; une infraction qui fait de la négligence—la manifestation d'une conduite déréglée ou téméraire—un crime en soi et a donc défini l'infraction dans ses propres termes. ^a Comme l'a noté le juge Cory dans l'arrêt *R. v. Waite*, l'art. 202 du *Code* a été édicté en sa présente forme comme une codification de l'infraction qui était apparue dans la jurisprudence canadienne, et à l'égard de laquelle la *mens rea* nécessaire peut être inférée de façon objective à partir des actes de l'accusé. ^b

L'application d'un critère objectif aux termes de l'art. 202 du *Code* ne peut cependant se faire dans le vide. Des événements se produisent dans le cadre d'autres événements et actions, et quand il s'agit de déterminer la nature de la conduite reprochée, les circonstances propres à l'espèce doivent être prises en considération. La décision doit se prendre après examen des faits existant à l'époque et par rapport à la perception de l'accusé des faits en question. Puisque le critère est objectif, la perception des faits par l'accusé ne doit pas être considérée dans le but d'apprécier s'il y a malveillance ou intention de la part de l'accusé, mais seulement pour constituer la base d'une conclusion quant au caractère raisonnable de la conduite de l'accusé, étant donné sa perception des faits. Cela est particulièrement vrai lorsque, comme en l'espèce, l'accusé oppose le moyen de défense de l'erreur de fait. Si un accusé aux termes de l'art. 202 a une croyance sincère et raisonnablement entretenue en l'existence de certains faits, cela peut être une considération pertinente quant à l'appréciation du caractère raisonnable de sa conduite. Prenons par exemple un soudeur engagé pour travailler dans un espace restreint, et qui se fit à la parole du propriétaire des lieux qu'aucune matière combustible ou explosive ne se trouve à proximité; lorsque son chalumeau provoque une explosion qui entraîne la mort d'une personne et qu'il est accusé d'homicide involontaire coupable, il devrait pouvoir faire part au jury de sa perception quant à la présence ou l'absence de matières dangereuses là où il travaillait. ^c ^d ^e ^f ^g ^h ⁱ

Comme je l'ai déjà noté, les Tutton ont invoqué la défense d'erreur de fait en première instance. Ils ont fait valoir que l'omission de donner de l'insu-

that the child had been cured by Divine intervention and that the failure to provide medical care in timely fashion was based upon the belief that the child was not seriously ill, so medical assistance was not necessary. The trial judge, it was argued, was in error in telling the jury that for any such belief to be effective as a defence it must have been reasonably held. It was held in this Court in *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, that an honest, though mistaken, belief in the existence of circumstances which, if present, would make the questioned conduct non-culpable would entitle an accused to an acquittal. It was also held in *Pappajohn v. The Queen* that the honest belief need not be reasonable, because its effect would be to deny the existence of the requisite *mens rea*. The situation would be different, however, where the offence charged rests upon the concept of negligence, as opposed to that of the guilty mind or blameworthy mental state. In such case, an unreasonable though honest belief on the part of the accused would be negligently held. The holding of such a belief could not afford a defence when culpability is based on negligent conduct. I would therefore conclude that the trial judge made no error in charging the jury to the effect that any mistaken belief which could afford a defence in a charge of criminal negligence would have to be reasonable.

In the case at bar, then, the assertion of the Tuttons that they believed a cure had been effected by Divine intervention and that insulin was not necessary for the preservation of the child's life would have to be considered by the jury. The jury would have to consider whether such belief was honest and whether it was reasonable. In this, they would be required to consider the whole background of the case. They would have to take into account the experience of the Tuttons with the child's illness; the fact that they had seen the result of the withdrawal of insulin on one occasion and that they had been informed of its necessity for the continued care of the child; and, that Mrs. Tutton had received some formal instruction or training in dealing with diabetes and diabetics. They would,

line à leur enfant découlait de la croyance qu'il avait été guéri par l'intervention divine et que l'omission de lui fournir des soins médicaux en temps utile était due à la croyance que l'enfant n'était pas sérieusement malade, de sorte qu'aucune assistance médicale ne lui était nécessaire. Le juge du procès, a-t-on soutenu, a eu tort de dire au jury qu'une telle croyance, pour constituer une défense efficace, devait être entretenue de façon raisonnable. Cette Cour a statué dans l'arrêt *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, que la croyance sincère, bien qu'erronée, dans l'existence de circonstances qui, si elles étaient présentes, rendraient la conduite reprochée non coupable, permettrait à un accusé d'être acquitté. Il a aussi été statué dans l'arrêt *Pappajohn c. La Reine* que la croyance sincère n'a pas à être raisonnable, parce qu'elle aurait pour effet de nier l'existence de la *mens rea* requise. La situation serait toutefois différente si l'infraction reprochée reposait sur le concept de la négligence, par opposition à celui de l'intention coupable ou de l'état d'esprit répréhensible. Dans ce cas, la croyance déraisonnable mais sincère chez l'accusé serait entretenue de façon négligente. Le fait d'avoir une telle croyance ne pourrait servir de défense lorsque la culpabilité se fonde sur la conduite négligente. Je suis donc d'avis de conclure que le juge du procès n'a commis aucune erreur en disant au jury que toute croyance erronée pouvant servir de défense contre une accusation de négligence criminelle devrait être raisonnable.

En l'espèce, l'assertion des Tutton qu'ils croyaient qu'une guérison avait été effectuée par l'intervention divine et que l'insuline n'était pas nécessaire à la préservation de la vie de leur enfant, devait donc être examinée par le jury. Celui-ci devait se demander si une telle croyance était sincère et si elle était raisonnable. Ce faisant, il devait considérer tout l'historique de l'affaire. Il devait prendre en considération l'expérience des Tutton de la maladie de leur fils; le fait qu'ils avaient constaté les conséquences du retrait de l'insuline en une occasion et qu'ils avaient été avisés de sa nécessité dans la prestation des soins à donner à leur enfant; et le fait que M^{me} Tutton avait bénéficié d'une formation ou de cours réguliers sur la façon de soigner le diabète et les

as well, have to consider whether the belief in a miraculous cure leading to the conclusion that insulin and medical care were not required, though honest, was reasonable. Upon these facts and all others concerning the matter which were revealed in the evidence, the jury would be required to decide whether the refusal of insulin and medical attention represented a marked and significant departure from the standard to be observed by reasonably prudent parents.

I would dismiss the appeal and confirm the direction for a new trial.

The following are the reasons delivered by

LAMER J.—I have read the reasons of my colleague, Justice McIntyre, and I am in agreement with them, subject to the following remarks. I am of the view that, when applying the objective norm set out by Parliament in s. 202 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, must be made “a generous allowance” for factors which are particular to the accused, such as youth, mental development, education (see Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (2nd ed. 1987), p. 194; see also Pickard, “Culpable Mistakes and Rape: Relating Mens Rea to the Crime” (1980), 30 *U. of T. L.J.* 75). When this is done, as we are considering conduct which is likely to cause death, that is high risk conduct, the adoption of a subjective or of an objective test will, in practice, nearly if not always produce the same result (see Colvin, “Recklessness and Criminal Negligence” (1982), 32 *U. of T. L.J.* 345).

I should note that Parliament, when enacting s. 202, did not purport to determine the nature of the negligence which is required when grounding criminal liability thereupon. My understanding of s. 202 is that Parliament has in that section simply defined the expression “criminal negligence” whenever used in the *Criminal Code*.

I should finally mention that in this case the constitutionality of s. 205(5)(b) was not in issue. Indeed, assuming without now deciding that it is a principle of fundamental justice that knowledge of

diabétiques. Le jury devait aussi se demander si la croyance en une guérison miraculeuse menant à la conclusion que l'insuline et les soins médicaux n'étaient pas nécessaires, si sincère que puisse être cette croyance, était raisonnable. Compte tenu de ces faits et des autres faits révélés par la preuve, le jury devait décider si le retrait de l'insuline et l'omission de fournir des soins médicaux représentaient une dérogation marquée et importante à la norme à laquelle on peut s'attendre chez des parents raisonnablement prudents.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance visant la tenue d'un nouveau procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER—J'ai lu les motifs de mon collègue le juge McIntyre et j'y souscris, sous réserve des observations suivantes. J'estime que, pour appliquer le critère objectif édicté par le législateur à l'art. 202 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, il faut tenir largement compte de facteurs propres à l'accusé comme sa jeunesse, son développement intellectuel, son niveau d'instruction (voir Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (2^e éd. 1987), p. 194; voir également Pickard, «Culpable Mistakes and Rape: Relating Mens Rea to the Crime» (1980), 30 *U. of T. L.J.* 75). Quand on le fait au moment d'examiner la conduite susceptible de causer la mort, c'est-à-dire une conduite qui comporte beaucoup de risques, le recours à un critère objectif ou à un critère subjectif produira en pratique, presque toujours sinon toujours, le même résultat (voir Colvin, «Recklessness and Criminal Negligence» (1982), 32 *U. of T. L.J.* 345).

Je veux souligner qu'en édictant l'art. 202, le législateur n'entendait pas préciser la nature de la négligence nécessaire pour fonder la responsabilité pénale. À mon avis, en édictant l'art. 202, le législateur a seulement défini le sens de l'expression «négligence criminelle» partout où elle apparaît dans le *Code criminel*.

Enfin, je souligne que la constitutionnalité de l'al. 205(5)(b) n'est pas en cause en l'espèce. En fait, si l'on suppose, sans en décider ici, qu'il existe un principe de justice fondamentale selon lequel la

a likely risk or deliberate ignorance thereof (fore-sight or wilful blindness) is an essential element of the offense of manslaughter, the issue as to whether proof of the substituted element of "criminal negligence" as defined by Parliament and interpreted by this Court satisfies the test set out in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, does not arise. I therefore do not by my concurrence feel precluded or limited when addressing such a constitutional challenge, of course, if and when called upon to do so.

I would, as does my colleague McIntyre J., dismiss the appeal and let the order for a new trial stand.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent Arthur Thomas Tutton: Kerekes, Collins, Toronto.

Solicitor for the respondent Carol Anne Tutton: Irwin Kozielbrocki, Toronto.

connaissance d'un risque probable ou son ignorance délibérée (la prévision ou l'aveuglement volontaire) constitue un élément essentiel de l'infraction d'homicide involontaire coupable, ne se pose pas alors la question de savoir si la preuve de l'élément substitué qu'est la négligence criminelle, telle que définie par le législateur et interprétée par cette Cour, satisfait au critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636. Je ne pense donc pas qu'en souscrivant aux motifs de mon collègue je m'interdis de me prononcer plus tard sur une telle question constitutionnelle si, évidemment, elle est jamais soumise à la Cour.

Je suis donc d'avis, comme mon collègue le juge McIntyre, de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de nouveau procès.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé Arthur Thomas Tutton: Kerekes, Collins, Toronto.

Procureur de l'intimée Carol Anne Tutton: Irwin Kozielbrocki, Toronto.