

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Sutcliffe Logan, Jr. and Warren Leroy Johnson** *Respondents*

and

**The Attorney General of Canada** *Intervener*

INDEXED AS: R. v. LOGAN

File No.: 21382.

1990: March 27; 1990: September 13.

Present: Dickson C.J.\* and Lamer C.J.\*\* and Wilson, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Constructive murder — Killing occurring during robbery by an accomplice — Whether s. 21(2) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 21(2).*

*Criminal law — Constructive murder — Whether s. 21(2) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter.*

Respondents were convicted of attempted murder. During a robbery—one of a series—a person was shot and severely injured. Neither respondent did the shooting. Respondent Johnson, however, admitted to being one of the robbers but stated that he had no intention to shoot and that there had been no discussion concerning the use of guns. Respondent Logan had boasted of being involved in planning the robberies. The trial judge instructed the jury that the Crown had to establish beyond a reasonable doubt that the accused knew or ought to have known that someone would probably shoot with the intention of killing. The Court of Appeal allowed appeals with respect to the convictions for attempted murder and substituted convictions for robbery. At issue here was (1) whether s. 21(2) of the

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Sutcliffe Logan Jr. et Warren Leroy Johnson** *Intimés*

et

**Le procureur général du Canada** *Intervenant*

*b* RÉPERTORIÉ: R. c. LOGAN

N° du greffe: 21382.

1990: 27 mars; 1990: 13 septembre.

*c* Présents: Le juge en chef Dickson\*, le juge en chef Lamer\*\* et les juges Wilson, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Cory.

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

*d*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Meurtre par imputation — Homicide survenu au cours d'un vol qualifié commis par un complice — L'article 21(2) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d) — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 21(2).*

*f* *Droit criminel — Meurtre par imputation — L'article 21(2) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte?*

*g* Les intimés ont été reconnus coupables de tentative de meurtre. Au cours d'un vol qualifié—un parmi plusieurs autres—une personne a été atteinte d'un coup de feu et a été grièvement blessée. Ni l'un ni l'autre intimé n'est à l'origine du coup de feu. L'intimé Johnson a cependant admis être un des voleurs mais a dit qu'il n'avait eu aucune intention de faire feu et qu'il n'y avait eu aucune discussion concernant l'usage d'armes à feu. L'intimé Logan s'était vanté d'avoir participé à la planification des vols. Le juge du procès a dit au jury dans ses directives que le ministère public devait établir hors de tout doute raisonnable que l'accusé savait ou devait savoir que quelqu'un ferait probablement feu dans l'intention de tuer. La Cour d'appel a accueilli les appels en ce qui concerne les déclarations de culpabilité de tenta-

\* Chief Justice at the time of hearing.

\*\* Chief Justice at the time of judgment.

\* Juge en chef à la date de l'audition.

\*\* Juge en chef à la date du jugement.

*Criminal Code* infringed ss. 7 and/or 11(d) of the *Charter*, and (2), if so, whether it was justified under s. 1.

*Held*: The appeal should be dismissed.

*Per* Dickson C.J. and Lamer C.J. and Wilson, Gonthier and Cory JJ.: *R. v. Vaillancourt* cannot be construed as saying that, as a general proposition, Parliament cannot ever enact provisions requiring different levels of guilt for principal offenders and parties. As a matter of policy, the proposition seems more equitable than not but should not be characterized as a principle of fundamental justice.

There are a few offences with respect to which the operation of the objective component of s. 21(2) will restrict the rights of an accused under s. 7. If an offence is one of the few for which s. 7 requires a minimum degree of *mens rea*, *Vaillancourt* does preclude Parliament from providing for the conviction of a party to that offence on the basis of a degree of *mens rea* below the constitutionally required minimum.

The question whether a party to an offence had the requisite *mens rea* to found a conviction pursuant to s. 21(2) must be answered in two steps. Firstly, is there a minimum degree of *mens rea* which is required as a principle of fundamental justice before one can be convicted as a principal for this particular offence? Secondly, if the principles of fundamental justice do require a certain minimum degree of *mens rea* in order to convict for this offence, then that minimum degree of *mens rea* is constitutionally required to convict a party to that offence as well.

The requisite *mens rea* for a murder conviction logically must be the same for a conviction of attempted murder. However, logic is not sufficient reason to label something a "constitutional requirement".

The sentencing range available to the judge is not conclusive of the level of *mens rea* constitutionally required. Instead, the crucial consideration is whether there is a continuing serious social stigma which will be imposed on the accused upon conviction.

The *mens rea* for attempted murder cannot, without restricting s. 7 of the *Charter*, require less than subjec-

tive de meurtre et les a remplacées par des déclarations de culpabilité de vol qualifié. Il s'agit en l'espèce de savoir (1) si le par. 21(2) du *Code criminel* porte atteinte à l'art. 7 ou à l'al. 11d) de la *Charte*, ou aux deux à la fois, et (2), dans l'affirmative, s'il est justifié en vertu de l'article premier.

*Arrêt*: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson, le juge en chef Lamer et les juges Wilson, Gonthier et Cory: On ne peut dégager de l'arrêt *R. c. Vaillancourt* une proposition générale portant que le Parlement ne peut jamais adopter de dispositions exigeant des niveaux différents de culpabilité de la part des auteurs principaux et des parties. En principe, la proposition semble plutôt équitable, mais elle ne doit pas être érigée en principe de justice fondamentale.

Il y a quelques infractions à l'égard desquelles l'application de l'élément objectif du par. 21(2) restreindra les droits que l'art. 7 reconnaît à un accusé. Si une infraction est de celles pour lesquelles l'art. 7 exige un degré minimum de *mens rea*, alors l'arrêt *Vaillancourt* empêche effectivement le Parlement de prévoir la déclaration de culpabilité d'une partie à cette infraction sur le fondement d'un degré de *mens rea* moindre que le degré minimum exigé par la Constitution.

L'examen de la question de savoir si une partie à une infraction avait la *mens rea* requise pour justifier une déclaration de culpabilité en application du par. 21(2) doit se faire en deux étapes. Premièrement, un degré minimum de *mens rea* est-il requis, à titre de principe de justice fondamentale, pour qu'une personne puisse être déclarée coupable comme auteur principal de cette infraction particulière? Deuxièmement, si les principes de justice fondamentale exigent un certain degré minimum de *mens rea* pour justifier une déclaration de culpabilité de cette infraction, alors ce degré minimum de *mens rea* est également exigé par la Constitution pour justifier la déclaration de culpabilité d'une partie à cette infraction.

La *mens rea* requise pour une déclaration de culpabilité de meurtre doit logiquement être la même pour une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre. Cependant, la logique n'est pas une raison suffisante pour apposer l'étiquette de «exigence constitutionnelle».

L'éventail de peines que le juge peut imposer n'est pas déterminant du niveau de *mens rea* requis par la Constitution. Le point décisif est plutôt de savoir si la déclaration de culpabilité imposera à l'accusé des stigmates sociaux graves et prolongés.

La *mens rea* requise de l'auteur d'une tentative de meurtre ne peut pas, sans restreindre l'art. 7 de la

tive foresight of the accused—the mental element required of a murderer under s. 212(a)(i). Parliament could well extend our definition of attempted murder to include the unsuccessful murderers of s. 212(a)(ii) but it cannot go further and include objective foreseeability as being sufficient for a conviction without restricting s. 7 of the *Charter*.

When the principles of fundamental justice require subjective foresight in order to convict a principal of attempted murder, that same minimum degree of *mens rea* is constitutionally required to convict a party to the offence of attempted murder. Any conviction for attempted murder, whether of the principal directly or of a party pursuant to s. 21(2), will carry enough stigma to trigger the constitutional requirement. To the extent that s. 21(2) would allow for the conviction of a party to the offence of attempted murder on the basis of objective foreseeability, its operation restricts s. 7 of the *Charter*.

Given that a minimum degree of *mens rea* (subjective foresight) is constitutionally required to convict a principal of the offence of attempted murder, the restriction of s. 7 in this case is in convicting, through the operation of s. 21(2), a non-principal who does not have that same degree of *mens rea*. It is not the legislative objective of s. 21(2) as a whole which this Court must scrutinize, but only the legislative objective of that portion of s. 21(2) that restricts the accused's rights under s. 7 of the *Charter* in issue in the present case. This differential treatment of parties and principals charged with *attempted murder* is the restriction which must undergo the s. 1 test.

In this case, the objective of such a differentiation is to deter joint criminal enterprises and to encourage persons who do participate to ensure that their accomplices do not commit offences beyond the planned unlawful purpose. This is a legislative objective of sufficient importance to justify overriding the rights of an Accused under s. 7 of the *Charter*.

The objective of the legislation is that this possibility of conviction through s. 21(2) will make parties more responsible for the actions of their accomplices. Clearly, then, there is a rational connection between the restriction and the legislative objective. It, nevertheless, does not satisfy the proportionality test because it unduly impairs an accused's rights under s. 7 of the *Charter*.

*Charte*, exiger moins qu'une prévision subjective de la part de l'accusé—l'élément moral requis d'un meurtrier en vertu du sous-al. 212a)(i). Le Parlement pourrait bien étendre notre définition de la tentative de meurtre pour inclure les meurtriers visés au sous-al. 212a)(ii) qui n'ont pas réussi leur coup, mais il ne peut pas aller plus loin et édicter que la prévisibilité objective est suffisante pour justifier une déclaration de culpabilité, sans restreindre l'art. 7 de la *Charte*.

Lorsque les principes de justice fondamentale exigent une prévision subjective pour déclarer coupable l'auteur principal d'une tentative de meurtre, ce même degré minimum de *mens rea* est exigé par la Constitution pour déclarer coupable une partie à l'infraction de tentative de meurtre. Toute déclaration de culpabilité de tentative de meurtre, qu'il s'agisse de l'auteur principal directement ou d'une partie en application du par. 21(2), entraînera suffisamment de stigmates pour déclencher l'exigence constitutionnelle. Dans la mesure où le par. 21(2) autoriserait la déclaration de culpabilité d'une partie à l'infraction de tentative de meurtre sur le fondement de la prévisibilité objective, son application restreint l'art. 7 de la *Charte*.

Vu qu'un degré minimum de *mens rea* (la prévision subjective) est requis du point de vue constitutionnel pour déclarer coupable l'auteur principal d'une tentative de meurtre, la restriction de l'art. 7 en l'espèce se situe dans la déclaration de culpabilité, par l'application du par. 21(2), d'une partie qui n'a pas ce même degré de *mens rea*. Ce n'est pas l'objectif législatif du par. 21(2) dans son ensemble que notre Cour doit examiner, mais seulement l'objectif législatif de la partie du par. 21(2) qui restreint en l'espèce les droits de l'accusé en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. Ce traitement différent des parties et des auteurs principaux accusés de *tentative de meurtre* est la restriction qui doit subir le test de l'article premier.

En l'espèce, l'objectif d'une telle différenciation est de décourager les entreprises criminelles communes et d'inciter les personnes qui participent à ce genre d'entreprises à s'assurer que leurs complices ne commettent pas d'infractions autres que celles qui ont été planifiées. C'est un objectif législatif suffisamment important pour justifier une dérogation aux droits reconnus à un accusé en vertu de l'art. 7 de la *Charte*.

L'objectif de cette disposition est que cette possibilité d'une déclaration de culpabilité au moyen du par. 21(2) rendra les parties plus responsables des actes de leurs complices. Il y a donc nettement un lien rationnel entre la restriction et l'objectif législatif. Néanmoins, elle ne respecte pas le critère de proportionnalité parce qu'elle réduit indûment les droits que l'art. 7 de la *Charte* reconnaît à l'accusé.

Because of the importance of the legislative purpose, the objective component of s. 21(2) can be justified with respect to most offences. However, with respect to the few offences for which the Constitution requires subjective intent, the stigma renders the infringement too serious and outweighs the legislative objective which, therefore, cannot be justified under s. 1.

The words "or ought to have known" are inoperative when considering under s. 21(2) whether a person is a party to any offence where it is a constitutional requirement for a conviction that foresight of the consequences be subjective, which is the case for attempted murder. Once these words are deleted, the remaining section requires, in the context of attempted murder, that the party to the common venture know that it is probable that his accomplice would do something with the intent to kill in carrying out the common purpose.

*Per L'Heureux-Dubé J.:* The factors which, according to the majority, operated to render the objective foreseeability standard unconstitutional in *R. v. Martineau* are not importable to the crime of attempted murder. A conviction for attempted murder requires proof of the specific intent to kill. No lesser *mens rea* will suffice. Parliament has decided to create a distinct offence for attempted murder, recognizing that the results of criminal acts are not to be ignored. The death of a victim renders a standard of objective foreseeability constitutionally permissible. When the attempt does not result in death, logic as well as principles of fundamental justice enshrined in the *Charter* dictate that the specific intent to have committed the attempted murder must be conclusively proven. When mere attempts are at issue, *mens rea* assumes a dominant role. The rationale for invoking a test of subjective foresight for attempted murder does not stem from the crime's relationship to the crime of completed murder, but rather from its connection to crimes of attempt generally. The motivation for requiring subjective foresight for attempt crimes radiates from the primacy of the *mens rea* component, not from any potential penalties or social stigma that might attend conviction for the completed offence.

For mere attempts, no other unlawful act is necessary. Intent is what is being punished by s. 222, not the act itself. The *mens rea* criteria for the full offence of murder and mere attempt are necessarily different.

À cause de l'importance de l'objectif législatif, l'élément objectif du par. 21(2) peut se justifier relativement à la plupart des infractions. Cependant, dans le cas des quelques infractions pour lesquelles la Constitution exige l'intention subjective, les stigmates rendent la violation trop grave et l'emportent sur l'objectif législatif qui, par conséquent, ne peut pas être justifié en vertu de l'article premier.

Les mots «devait savoir» sont inopérants quand on cherche à déterminer, en vertu du par. 21(2), si une personne est partie à une infraction pour laquelle la Constitution exige, pour justifier une déclaration de culpabilité, une prévision subjective des conséquences, ce qui est le cas de la tentative de meurtre. Une fois ces mots supprimés, le reste de la disposition exige, dans le contexte de la tentative de meurtre, que la partie au projet commun sache qu'il est probable que son complice fera quelque chose avec l'intention de tuer dans la poursuite de l'objectif commun.

*Le juge L'Heureux-Dubé:* Les facteurs qui, suivant la majorité, ont eu pour effet de rendre inconstitutionnel le critère de prévisibilité objective dans l'arrêt *R. c. Martineau* ne sont pas applicables au crime de tentative de meurtre. Une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre requiert la preuve de l'intention spécifique de tuer. Une *mens rea* moindre ne sera pas suffisante. Le Parlement a décidé de créer une infraction distincte de tentative de meurtre, reconnaissant par là que les résultats d'actes criminels ne doivent pas être ignorés. La mort d'une victime rend un critère de prévisibilité objective constitutionnellement acceptable. Lorsque la tentative ne cause pas la mort, la logique et les principes de justice fondamentale consacrés dans la *Charte* exigent que l'intention spécifique de commettre la tentative de meurtre soit prouvée de façon concluante. Lorsque de simples tentatives sont en cause, la *mens rea* joue un rôle dominant. La philosophie sous-jacente au choix du critère de prévision subjective en matière de tentative de meurtre ne vient pas de la relation entre ce crime et le crime de meurtre complété, mais plutôt de son lien avec les crimes de tentative en général. L'exigence de prévision subjective pour les crimes de tentative est motivée par la primauté de l'élément *mens rea*, et non par les peines éventuelles ou les stigmates sociaux qui pourraient se rattacher à une déclaration de culpabilité de l'infraction complète.

Dans le cas de simples tentatives, aucun autre acte illicite n'est nécessaire. L'article 222 punit l'intention, non l'acte lui-même. Les critères de la *mens rea* pour l'infraction complète de meurtre et pour de simples tentatives sont nécessairement différents.

The words "ought to know" are not to be read out of the section in all cases. This measure of objective foreseeability is certainly appropriate when the *mens rea* of the principal can be ascertained according to an objective standard as well.

No killing took place here. The crime was one for which the specific intent of the principal had to be shown. In those instances where the principal is held to a *mens rea* standard of subjective foresight, the party cannot constitutionally be convicted for the same crime on the basis of an objective foreseeability standard. In this regard the *actus reus* component of the offence cannot be ignored. Policy considerations addressed in *Martineau* justify treating completed killings more harshly than attempted ones. If someone who attempts to kill cannot be convicted unless the Crown proves that he had the specific intent to do so, then he who accompanied the principal cannot be convicted if the Crown merely shows that the attempted murder was objectively foreseeable.

*Per Sopinka J* There is no principle of fundamental justice whereby in all cases the level of *mens rea* possessed by the principal offender must also be possessed by the party. The correct constitutional principle is that if social stigma and other factors require the principal offender to possess a constitutional minimum mind state in order to be convicted of an offence, then a party under s. 21(2) must possess that same minimum mind state. If it is assumed that murder requires subjective foresight of death, it follows that subjective foresight is a constitutional requirement for attempted murder.

#### Cases Cited

By Lamer C.J.

**Considered:** *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225; **referred to:** *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

By L'Heureux-Dubé J.

**Distinguished:** *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Rodney*, [1990] 2 S.C.R. 687; **referred to:** *R. v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636.

Les mots «devait savoir» de cet article ne seront pas inopérants dans tous les cas. Cette mesure de prévisibilité objective est certainement appropriée lorsque la *mens rea* de l'auteur principal peut être vérifiée en fonction d'un critère qui est lui aussi objectif.

Il n'y a pas eu d'homicide en l'espèce. Le crime ici en cause est un crime pour lequel l'intention spécifique de l'auteur principal devait être démontrée. Dans les cas où l'auteur principal est soumis à un critère de *mens rea* qui exige la prévision subjective, la partie à l'infraction ne peut être constitutionnellement reconnue coupable du même crime en fonction d'un critère de prévisibilité objective. À cet égard, l'élément *actus reus* de l'infraction ne saurait être ignoré. Les considérations de principe examinées dans l'arrêt *Martineau* justifient qu'on traite les meurtres complets plus sévèrement que les tentatives de meurtre. Si une personne qui tente de tuer ne peut être reconnue coupable que si le ministère public prouve qu'elle avait l'intention spécifique de le faire, alors, celui qui accompagnait l'auteur principal ne peut pas être reconnu coupable si le ministère public prouve seulement que la tentative était objectivement prévisible.

*Le juge Sopinka* Il n'existe pas de principe de justice fondamentale selon lequel il faut, dans tous les cas, que la partie à une infraction possède le même degré de *mens rea* que l'auteur principal de cette infraction. Le bon principe constitutionnel est celui qui porte que si les stigmates sociaux et autres facteurs exigent que l'auteur principal de l'infraction possède l'état d'esprit minimum requis constitutionnellement pour être déclaré coupable de cette infraction, alors une partie au sens du par. 21(2) doit posséder le même état d'esprit minimal. Si on suppose que le meurtre est une infraction qui exige la prévision subjective de la mort, il s'ensuit que la prévision subjective est une condition constitutionnelle de la tentative de meurtre.

#### Jurisprudence

<sup>h</sup> Citée par le juge en chef Lamer

**Arrêts examinés:** *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225; **arrêts mentionnés:** *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

**Distinction d'avec les arrêts:** *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Rodney*, [1990] 2 R.C.S. 687; **arrêts mentionnés:** *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636.

By Sopinka J.

**Applied:** *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 11(d).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 21(1), (2), 212(a)(i), 213(a), 222.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1988), 67 O.R. (2d) 87, 30 O.A.C. 321, 46 C.C.C. (3d) 354, 57 D.L.R. (4th) 58, allowing the respondents' appeals from convictions on charges of attempted murder by Colter Dist. Ct. J. sitting with jury. Appeal dismissed.

*W. J. Blacklock and Ken Campbell*, for the appellant.

*Peter Connelly*, for the respondents.

*Bruce MacFarlane, Q.C.*, and *Don Avison*, for the intervener the Attorney General of Canada.

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

LAMER C.J.—

#### Facts

The two respondents, Sutcliffe Logan Jr. and Warren Leroy Johnson, together with two other co-accused, Hugh Logan (the brother of respondent Logan) and Clive Brown, were all charged with a number of offences arising from a series of robberies in the Toronto area. This appeal pertains only to the charges against the two respondents for attempted murder which resulted from an incident during one of the robberies.

The facts surrounding the incident are as follows. At around 11:00 p.m. on September 23, 1983, Hugh Logan, Clive Brown and the respondent Warren Johnson entered a convenience store,

Citée par le juge Sopinka

**Arrêts appliqués:** *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 11d).  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 21(1), (2), 212a(i), 213a), 222.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1988), 67 O.R. (2d) 87, 30 O.A.C. 321, 46 C.C.C. (3d) 354, 57 D.L.R. (4th) 58, qui a accueilli les appels interjetés par les intimés à l'encontre des déclarations de culpabilité prononcées par le juge Colter de la Cour de district, siégeant avec jury, relativement à des accusations de tentative de meurtre. Pourvoi rejeté.

*W. J. Blacklock et Ken Campbell*, pour l'appelante.

*Peter Connelly*, pour les intimés.

*Bruce MacFarlane, c.r.*, et *Don Avison*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

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

LE JUGE EN CHEF LAMER—

#### Les faits

Les deux intimés, Sutcliffe Logan Jr. et Warren Leroy Johnson, ainsi que deux autres coaccusés, Hugh Logan (frère de l'intimé Logan) et Clive Brown, ont tous été inculpés de plusieurs infractions à la suite d'une série de vols qualifiés commis dans la région de Toronto. Ce pourvoi ne porte que sur les accusations de tentative de meurtre portées contre les deux intimés, à la suite d'un incident qui s'est produit au cours de l'un des vols.

Les circonstances de l'incident sont les suivantes. Vers 23 h, le 23 septembre 1983, Hugh Logan, Clive Brown et l'intimé Warren Johnson, masqués et armés de revolvers, sont entrés dans un dépan-

wearing masks and armed with revolvers. Hugh Logan shot the lone clerk, Barbara Turnbull, in the neck, causing severe injuries. The cash register was robbed and the men fled.

While awaiting trial on the charges, the respondents were held in protective custody in a jail in the Toronto area. Shortly before the trial, the police received information from an informer that the respondent Sutcliffe Logan was boasting openly about his involvement in the planning of the robberies, including the one from which the attempted murder charges arose. Two undercover police officers were placed in protective custody with the respondents, posing as two persons arrested on drug charges. The officers struck up an acquaintance with the two respondents who made certain inculpatory statements. The officers testified that they did not encourage the respondents to talk, but merely provided the opportunity for the making of the statements. The officers made notes of the conversation immediately following the conversation during what they pretended was a visit from an articling student from their lawyer's office.

These statements were admitted into evidence at trial. Also during the course of the trial, the respondent Warren Johnson took the stand and, while admitting that he was one of the robbers, testified that he had no intention to shoot anyone and that there had been no discussion concerning the use of guns.

In his charge to the jury with respect to the respondent Warren Johnson, the trial judge said that "you may well have considerable doubt whether he knew or should have known that one of his group would probably shoot somebody with the intention to kill". With respect to the respondent Sutcliffe Logan, he stated that "you would then have to consider whether he knew or should have known that one of the group would probably, in the course of the robbery, shoot someone with intent to kill". In his explanation of s. 21 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, the trial judge instructed the jury that "[i]t must be established beyond a reasonable doubt that the accused knew or ought to have known that someone would probably shoot with the intention of killing".

neur. Hugh Logan a fait feu sur la seule employée, Barbara Turnbull, et l'a grièvement blessée au cou. Les hommes ont vidé la caisse de son contenu et se sont enfuis.

<sup>a</sup> En attendant leur procès, les intimés ont été détenus sous garde préventive dans une prison de la région de Toronto. Peu de temps avant le procès, la police a appris d'un indicateur que l'intimé <sup>b</sup> Sutcliffe Logan se vantait ouvertement de sa participation à la planification des vols, y compris celui à l'origine des accusations de tentative de meurtre. Deux agents banalisés ont été placés en détention préventive avec les intimés et ont prétendu avoir <sup>c</sup> été arrêtés pour des affaires de drogue. Les agents ont fait connaissance avec les intimés qui ont fait certaines déclarations incriminantes. Les agents ont témoigné qu'ils n'avaient pas encouragé les <sup>d</sup> intimés à parler, mais qu'ils leur avaient simplement fourni l'occasion de faire les déclarations. Les agents avaient pris des notes immédiatement après la conversation, pendant ce qu'ils ont prétendu être la visite d'un stagiaire de leur cabinet <sup>e</sup> d'avocats.

Ces déclarations ont été admises en preuve au procès. L'intimé Warren Johnson a témoigné au <sup>f</sup> procès et, bien qu'ayant admis avoir été un des voleurs, il a dit n'avoir eu aucune intention de faire feu sur qui que ce soit et n'avoir eu aucune discussion concernant l'usage de revolvers.

<sup>g</sup> Dans son exposé au jury au sujet de l'intimé Warren Johnson, le juge du procès a dit: [TRADUCTION] «Vous pouvez fort bien avoir un doute sérieux quant à savoir s'il savait ou aurait dû <sup>h</sup> savoir qu'un membre de son groupe ferait probablement feu sur quelqu'un dans l'intention de tuer». À propos de l'intimé Sutcliffe Logan, il a affirmé: [TRADUCTION] «Vous devriez alors vous demander s'il savait ou aurait dû savoir qu'un <sup>i</sup> membre du groupe ferait probablement feu sur quelqu'un dans l'intention de tuer au cours du vol». Dans son explication de l'art. 21 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, le juge du procès a dit dans ses directives au jury: [TRADUCTION] «[i]l faut <sup>j</sup> établir hors de tout doute raisonnable que l'accusé savait ou devait savoir que quelqu'un ferait probablement feu dans l'intention de tuer».

Hugh Logan was found by the jury to have been the one who shot the victim. The respondents were convicted by the jury of a number of offences including the attempted murder of Barbara Turnbull. The respondents appealed their convictions to the Court of Appeal for Ontario. The Court of Appeal allowed their appeals with respect to the convictions for attempted murder, and substituted convictions for armed robbery in their stead. The only issue before this Court is the constitutionality of s. 21(2) of the *Criminal Code*.

### Relevant Statutory Provision

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 21.

21. (1) Every one is a party to an offence who  
 (a) actually commits it,  
 (b) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it, or  
 (c) abets any person in committing it.  
 (2) Where two or more persons form an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein and any one of them, in carrying out the common purpose, commits an offence, each of them who knew or ought to have known that the commission of the offence would be a probable consequence of carrying out the common purpose is a party to that offence.

### Judgment Below

*Court of Appeal for Ontario* (1988), 63 O.R. (2d) 87

The Court began by reviewing the decision of this Court in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, with a view to considering its effect on the provisions of s. 21 of the *Criminal Code* in the context of a charge of being a party to an attempted murder. The Court noted that the *mens rea* for the principal on a charge of attempted murder "cannot be less than the specific intent to kill": *R. v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225. Indeed, the Court of Appeal quoted at length from the judgment of McIntyre J. who spoke for the Court in that case. In the case at bar, the Court noted that it was open to the jury to have a reasonable doubt as to whether the respondents knew it was a probable consequence of the robbery that Hugh Logan

Le jury a conclu que c'était Hugh Logan qui avait fait feu sur la victime. Le jury a déclaré les intimés coupables d'un certain nombre d'infractions, y compris de la tentative de meurtre de Barbara Turnbull. Les intimés ont interjeté appel de leurs déclarations de culpabilité devant la Cour d'appel de l'Ontario. La Cour d'appel de l'Ontario a accueilli leurs appels sur les déclarations de culpabilité de tentative de meurtre et les a remplacées par des déclarations de culpabilité de vol qualifié. La seule question que notre Cour doit trancher porte sur la constitutionnalité du par. 21(2) du *Code criminel*.

### La disposition législative pertinente

*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 21.

21. (1) Est partie à une infraction quiconque  
 a) la commet réellement,  
 b) accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre, ou  
 c) encourage quelqu'un à la commettre.  
 (2) Quand deux ou plusieurs personnes forment ensemble le projet de poursuivre une fin illégale et de s'y entr'aider et que l'une d'entre elles commet une infraction en réalisant cette fin commune, chacune d'elles qui savait ou devait savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction, est partie à cette infraction.

### La décision du tribunal d'instance inférieure

*La Cour d'appel de l'Ontario* (1988), 63 O.R. (2d) 87

La cour a commencé par examiner l'arrêt de notre Cour *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, en vue d'examiner son effet sur les dispositions de l'art. 21 du *Code criminel* dans le contexte de l'accusation d'être partie à une tentative de meurtre. La cour a souligné que la *mens rea* de l'auteur principal relativement à une accusation de tentative de meurtre «ne peut être rien de moins que l'intention spécifique de tuer»: *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225. La Cour d'appel a d'ailleurs reproduit de larges extraits de l'opinion du juge McIntyre qui s'exprimait au nom de notre Cour dans cet arrêt. En l'espèce, la cour a souligné que le jury pouvait avoir un doute raisonnable quant à savoir si les intimés savaient que le vol aurait pour



would shoot with the intent to kill and that the jury may have found them guilty on the basis of objective foreseeability; that is, that the respondents ought to have known that the shooting was a probable consequence of the robbery. The Court concluded as follows at pp. 133-34:

As previously noted, on a charge of attempted murder, the necessary *mens rea* must be that of an intention to kill. In our opinion, in so far as s. 21(2) permits a conviction of a party for the offence of attempted murder on the basis of objective foreseeability, a lesser degree of *mens rea* than is required for the principal, it is contrary to the principles of fundamental justice. Nor do we think that this departure from the principles of fundamental justice can be saved by s. 1 of the Charter.

Thus, on a charge of attempted murder, where s. 21(2) is invoked to determine the liability of a party to the offence, the words of s. 21(2), "ought to have known", must be held to be inoperative and cannot be resorted to by the trier of fact to determine the guilt of such an accused person.

Specifically with respect to s. 1 of the *Charter* the Court of Appeal held as follows at pp. 133-34:

... it is unnecessary, in order to deter others, to convict of attempted murder a person who did not know but ought to have known that the principal would shoot with intent to kill. Under such circumstances, a person who forms an intention with one or more other persons to carry out an armed robbery while armed with a firearm and to assist each other therein would be guilty of armed robbery and of using a firearm in the commission of such an indictable offence.

Severe sentences are imposed for armed robbery where all aggravating factors, such as a severe injury to the person who was robbed, are entitled to be considered. Such a severe sentence should sufficiently deter others from engaging in such criminal conduct.

The Court then noted that because the respondents had been convicted of attempted murder, the trial judge stayed the armed robbery charges, of which the respondents had also been convicted. The Court of Appeal held that the trial judge had

conséquence probable que Hugh Logan ferait feu dans l'intention de tuer, et qu'il se peut que le jury les ait déclarés coupables en se fondant sur la prévisibilité objective; c'est-à-dire que les intimés auraient dû savoir que le coup de feu était une conséquence probable du vol. La cour a conclu aux pp. 133 et 134:

[TRADUCTION] Comme nous l'avons déjà souligné, dans le cas d'une accusation de tentative de meurtre, la *mens rea* nécessaire doit être l'intention de tuer. À notre avis, dans la mesure où le par. 21(2) permet de déclarer une partie coupable de l'infraction de tentative de meurtre en fonction de la prévisibilité objective, c'est-à-dire un degré de *mens rea* moindre que celui requis dans le cas de l'auteur principal, il est contraire aux principes de justice fondamentale. Nous ne croyons pas non plus que cette dérogation aux principes de justice fondamentale peut être sauvegardée par l'article premier de la *Charte*.

Ainsi, dans une accusation de tentative de meurtre, lorsque le par. 21(2) est invoqué pour déterminer la responsabilité d'une partie à l'infraction, il faut conclure que les mots «devait savoir» du par. 21(2) sont inopérants et ne peuvent être invoqués par le juge des faits pour déterminer la culpabilité de la personne ainsi accusée.

Plus précisément, en ce qui concerne l'article premier de la *Charte*, la Cour d'appel a conclu ce qui suit aux pp. 133 et 134:

[TRADUCTION] ... il n'est pas nécessaire, pour dissuader les autres, de déclarer coupable de tentative de meurtre une personne qui ne savait pas mais aurait dû savoir que le principal accusé ferait feu dans l'intention de tuer. Dans ces circonstances, une personne qui forme avec une ou plusieurs autres personnes le projet de commettre un vol qualifié, avec une arme à feu et de s'y entraider serait coupable de vol à main armée et d'usage d'une arme à feu dans la perpétration d'un acte criminel.

Des peines sévères sont imposées dans le cas d'un vol à main armée, car on peut tenir compte de toutes les circonstances aggravantes, comme les blessures graves subies par la victime du vol. Cette peine sévère devrait suffisamment dissuader les autres de se livrer à cette conduite criminelle.

La cour a ensuite souligné que, puisque les intimés avaient été déclarés coupables de tentative de meurtre, le juge du procès avait ordonné de surseoir aux accusations de vol à main armée sur lesquelles les intimés avaient également été déclara-

erred in so doing, and it set aside the stay. Convictions for armed robbery were substituted for the attempted murder convictions and the matter was referred back to the trial judge for sentencing.

### Issues

The following constitutional questions were stated by Chief Justice Dickson:

1. Does s. 21(2) of the *Criminal Code* contravene the rights and freedoms guaranteed by s. 7 and/or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is s. 21(2) of the *Criminal Code* justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

### Analysis

#### *R. v. Vaillancourt*

The appellant is challenging the constitutionality of s. 21(2) in general and, in particular, of the objective component of the section ("ought to have known"). However, the Court of Appeal, quite correctly, did not declare the objective component of s. 21(2) inoperative for all offences. They dealt specifically with the operation of the provision in relation to the offence of attempted murder and the possibility that a party to an attempted murder could be convicted upon proof of objective intent, whereas a conviction of the principal would require proof of subjective intent. More generally, as a basis for their decision, the court determined that it is a principle of fundamental justice that a party to any offence cannot be found guilty of the offence based on a lower standard of requisite *mens rea* than that required for convicting the principal.

For this proposition, the court relied on our judgment in *Vaillancourt*. In that case, this Court held that for a few offences the principles of fundamental justice require that a conviction cannot stand unless there is proof beyond a reason-

rés coupables. La Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en agissant ainsi et a annulé le sursis. Elle a remplacé les déclarations de culpabilité de tentative de meurtre <sup>a</sup> par des déclarations de culpabilité de vol à main armée et elle a renvoyé l'affaire au juge du procès pour qu'il détermine la peine.

### Les questions en litige

<sup>b</sup> Le juge en chef Dickson a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. Le paragraphe 21(2) du *Code criminel* porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 7 ou l'al. 11d), ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 21(2) du *Code criminel* est-il justifié en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

### L'analyse

#### *L'arrêt R. c. Vaillancourt*

<sup>e</sup> L'appelante conteste la constitutionnalité du par. 21(2) en général et, en particulier, de l'élément objectif du paragraphe («devait savoir»). Cependant, la Cour d'appel, à bon droit, n'a pas déclaré l'élément objectif du par. 21(2) inopérant <sup>f</sup> à l'égard de toutes les infractions. Elle a traité spécifiquement de l'application de la disposition à l'infraction de tentative de meurtre et de la possibilité qu'une partie à une tentative de meurtre soit <sup>g</sup> déclarée coupable sur la preuve d'une intention objective, alors qu'une déclaration de culpabilité de l'auteur principal exigerait la preuve d'une intention subjective. De manière plus générale, comme fondement de son arrêt, la cour a conclu à <sup>h</sup> l'existence d'un principe de justice fondamentale en vertu duquel une partie à une infraction, quelle qu'elle soit, ne peut être déclarée coupable de l'infraction sur le fondement d'un degré de *mens rea* <sup>i</sup> requis moindre que celui exigé pour une déclaration de culpabilité de l'auteur principal.

La cour a fondé cette proposition sur l'arrêt *Vaillancourt* dans lequel notre Cour a statué que, dans le cas de quelques infractions, les principes de justice fondamentale signifient qu'une déclaration de culpabilité ne peut être valable sans la preuve

able doubt of a minimum degree of *mens rea*, and that legislation providing for any lesser degree violates the *Charter* and is inoperative. Murder was one of those offences.

With respect, I cannot construe *Vaillancourt* as saying that, as a general proposition, Parliament cannot ever enact provisions requiring different levels of guilt for principal offenders and parties. Although I readily admit that, as a matter of policy, the proposition seems more equitable than not, I am not ready to characterize it as a principle of fundamental justice. It must be remembered that within many offences there are varying degrees of guilt and it remains the function of the sentencing process to adjust the punishment for each individual offender accordingly. The argument that the principles of fundamental justice prohibit the conviction of a party to an offence on the basis of a lesser degree of *mens rea* than that required to convict the principal could only be supported, if at all, in a situation where the sentence for a particular offence is fixed. However, currently in Canada, the sentencing scheme is flexible enough to accommodate the varying degrees of culpability resulting from the operation of ss. 21 and 22.

That said, however, there are a few offences with respect to which the operation of the objective component of s. 21(2) will restrict the rights of an accused under s. 7. If an offence is one of the few for which s. 7 requires a minimum degree of *mens rea*, *Vaillancourt* does preclude Parliament from providing for the conviction of a party to that offence on the basis of a degree of *mens rea* below the constitutionally required minimum.

*Requisite Mens Rea for Conviction Pursuant to s. 21(2)*

Therefore, the question whether a party to an offence had the requisite *mens rea* to found a conviction pursuant to s. 21(2) must be answered in two steps. Firstly, is there a minimum degree of *mens rea* which is required as a principle of fundamental justice before one can be convicted as a

hors de tout doute raisonnable d'un degré minimum de *mens rea*, et qu'une disposition législative qui prévoit un degré moindre viole la *Charte* et est inopérante. Le meurtre était une de ces infractions.

<sup>a</sup> Avec égards, je ne peux dégager de l'arrêt *Vaillancourt* une proposition générale portant que le Parlement ne peut jamais adopter de dispositions exigeant des niveaux différents de culpabilité de la part des auteurs principaux et des parties. J'admets volontiers que, en principe, la proposition semble plutôt équitable, mais je ne suis pas disposé à l'ériger en principe de justice fondamentale. Il faut rappeler que de nombreuses infractions comportent différents degrés de culpabilité et qu'il appartient à celui qui détermine la peine d'ajuster en conséquence le châtimeur de chaque contrevenant. L'argument que les principes de justice fondamentale interdisent la déclaration de culpabilité d'une partie à une infraction sur le fondement d'un degré moindre de *mens rea* que celui requis pour la déclaration de culpabilité de l'auteur principal ne pourrait valoir, si tant est qu'il le peut, que dans le cas où la peine applicable à une infraction particulière est déterminée. Cependant, aujourd'hui au Canada, le processus de détermination de la peine est assez souple pour accommoder les différents degrés de culpabilité qui résultent de l'application des art. 21 et 22.

<sup>b</sup> Ceci dit toutefois, il y a quelques infractions à l'égard desquelles l'application de l'élément objectif du par. 21(2) restreindra les droits que l'art. 7 reconnaît à un accusé. Si une infraction est de celles pour lesquelles l'art. 7 exige un degré minimum de *mens rea*, alors l'arrêt *Vaillancourt* empêche effectivement le Parlement de prévoir la déclaration de culpabilité d'une partie à cette infraction sur le fondement d'un degré de *mens rea* moindre que le degré minimum exigé par la Constitution.

<sup>c</sup> *La mens rea requise pour une déclaration de culpabilité en application du par. 21(2)*

<sup>d</sup> Donc, l'examen de la question de savoir si une partie à une infraction avait la *mens rea* requise pour justifier une déclaration de culpabilité en application du par. 21(2) doit se faire en deux étapes. Premièrement, un degré minimum de *mens rea* est-il requis, à titre de principe de justice

principal for this particular offence? This is an important initial step because if there is no such constitutional requirement for the offence, the objective component of s. 21(2) can operate without restricting the constitutional rights of the party to the offence. Secondly, if the principles of fundamental justice do require a certain minimum degree of *mens rea* in order to convict for this offence, then that minimum degree of *mens rea* is constitutionally required to convict a party to that offence as well.

#### Step One: Section 7 and Attempted Murder

With respect to the case at bar, then, the first question which must be answered is whether the principles of fundamental justice require a minimum degree of *mens rea* in order to convict an Accused of attempted murder. *Ancio* established that a specific intent to kill is the *mens rea* required for a principal on the charge of attempted murder. However, as the constitutional question was not raised or argued in that case, it did not decide whether that requisite *mens rea* was a constitutional requirement. The case simply interpreted the offence as currently legislated.

In *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, a judgment handed down this day, this Court has decided, as a constitutional requirement, that no one can be convicted of murder unless the Crown proves beyond a reasonable doubt that the person had subjective foresight of the fact that the death of the victim was likely to ensue. Because of both the stigma and the severe penal consequences which result from a conviction for murder, the Constitution requires at least that degree of intent.

As defined in *Ancio*, the elements of *mens rea* for attempted murder are identical to those for the most severe form of murder, murder under s. 212(a)(i). For each, the accused must have had the specific intent to kill. All that differs is the

fondamentale, pour qu'une personne puisse être déclarée coupable comme auteur principal de cette infraction particulière? C'est une étape initiale importante parce que, si l'infraction n'est pas assortie de cette exigence constitutionnelle, l'élément objectif du par. 21(2) peut agir sans restreindre les droits constitutionnels de la partie à l'infraction. Deuxièmement, si les principes de justice fondamentale exigent un certain degré minimum de *mens rea* pour justifier une déclaration de culpabilité de cette infraction, alors ce degré minimum de *mens rea* est également exigé par la Constitution pour justifier la déclaration de culpabilité d'une partie à cette infraction.

Première étape: L'article 7 et la tentative de meurtre

Dans la présente affaire, il faut donc d'abord se demander si les principes de justice naturelle exigent un degré minimum de *mens rea* pour justifier une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre. L'arrêt *Ancio* a établi que la *mens rea* requise de la part de l'auteur principal relativement à une accusation de tentative de meurtre est l'intention spécifique de tuer. Cependant, comme la question constitutionnelle n'avait pas été soulevée ni plaidée dans ce pourvoi, l'arrêt n'a pas établi si la *mens rea* requise est une exigence constitutionnelle. L'arrêt a simplement interprété l'infraction visée par la loi telle qu'elle existait à ce moment-là.

Dans l'arrêt *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, rendu aujourd'hui, notre Cour a établi comme exigence constitutionnelle qu'une personne ne peut pas être déclarée coupable de meurtre si le ministère public n'a pas prouvé hors de tout doute raisonnable qu'elle avait prévu de manière subjective que la mort de la victime était le résultat probable de son acte. À cause des stigmates et des conséquences pénales graves qui résultent d'une déclaration de culpabilité de meurtre, la Constitution exige au moins ce degré d'intention.

L'arrêt *Ancio* établit que les éléments de *mens rea* de la tentative de meurtre sont identiques à ceux de la forme la plus grave de meurtre, le meurtre visé au sous-al. 212a)(i). Dans chaque cas, l'accusé doit avoir eu l'intention spécifique de

“consequences” component of the *actus reus*. Quite simply, an attempted murderer is, if caught and convicted, a “lucky murderer”. Therefore, it would seem logical that the requisite *mens rea* for a murder conviction, as described in *Martineau*, must be the same for a conviction of attempted murder. However, logic is not sufficient reason to label something a “constitutional requirement”. As I have stated in *Vaillancourt*, the principles of fundamental justice require a minimum degree of *mens rea* for only a very few offences. The criteria by which these offences can be identified are, primarily, the stigma associated with a conviction and, as a secondary consideration, the penalties available.

The stigma associated with a conviction for attempted murder is the same as it is for murder. Such a conviction reveals that although no death ensued from the actions of the accused, the intent to kill was still present in his or her mind. The attempted murderer is no less a killer than a murderer: he may be lucky—the ambulance arrived early, or some other fortuitous circumstance—but he still has the same killer instinct. Secondly, while a conviction for attempted murder does not automatically result in a life sentence, the offence is punishable by life and the usual penalty is very severe.

It should be noted that, as a basis for a constitutionally required minimum degree of *mens rea*, the social stigma associated with a conviction is the most important consideration, not the sentence. Few offences have a high minimum sentence such as that for murder. For some offences, there is a high maximum and a low minimum penalty available; for other offences, the maximum penalty is much reduced and there is no minimum imposed whatsoever. In either situation, the fact that a lesser sentence is available or imposed, by statute or through the exercise of judicial discretion, in no way ends the inquiry. The sentencing range avail-

tuer. La seule différence est l'élément «conséquences» de l'*actus reus*. L'auteur d'une tentative de meurtre, s'il est déclaré coupable, est tout simplement un «meurtrier chanceux». Par conséquent, il semblerait logique que la *mens rea* requise pour une déclaration de culpabilité de meurtre, selon l'arrêt *Martineau*, soit la même pour une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre. Cependant, la logique n'est pas une raison suffisante pour apposer l'étiquette d'«exigence constitutionnelle». Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Vaillancourt*, les principes de justice fondamentale exigent un degré minimum de *mens rea* que pour très peu d'infractions. Les critères qui permettent d'identifier ces infractions sont, principalement, les stigmates associés à une déclaration de culpabilité et, comme considération secondaire, les peines qui peuvent être imposées.

Les stigmates associés à une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre sont les mêmes que pour un meurtre. Une telle déclaration de culpabilité révèle que, même si la mort n'a pas résulté des actes de l'accusé, l'intention de tuer était présente dans son esprit. L'auteur d'une tentative de meurtre n'est pas moins un tueur qu'un meurtrier ne l'est: il a pu être favorisé par la chance—l'ambulance est arrivée tôt, ou quelque autre circonstance fortuite—mais il avait tout de même le même instinct de tueur. Deuxièmement, bien qu'une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre n'entraîne pas automatiquement l'emprisonnement à perpétuité, l'infraction est punissable d'emprisonnement à perpétuité et la peine est habituellement très sévère.

Il faut remarquer que, comme fondement d'un degré minimum de *mens rea* exigé par la Constitution, ce sont les stigmates sociaux associés à une déclaration de culpabilité qui constituent la considération la plus importante, et non pas la peine. Peu d'infractions sont assorties d'une peine minimale aussi sévère que le meurtre. Pour certaines infractions, sont prévues une peine maximale sévère et une peine minimale légère; pour d'autres, la peine maximale est bien moindre et aucune peine minimale n'est prévue. Dans l'une ou l'autre situation, le fait qu'une peine moins sévère soit prévue ou imposée, par un texte de loi ou par

able to the judge is not conclusive of the level of *mens rea* constitutionally required. Instead, the crucial consideration is whether there is a continuing serious social stigma which will be imposed on the accused upon conviction.

For example, the offence of theft in the most serious circumstances is punishable by a maximum of ten years or, in less serious circumstances, a maximum of two years if the Crown proceeds by indictment; if the Crown proceeds summarily, the maximum is six months. The constitutional *mens rea* requirement would not, under s. 7, be triggered by any punishment within these ranges which the sentencing judge decided to impose. Whether the actual or available punishment is severe or not, the social stigma associated with being labelled dishonest will be automatically and unavoidably imposed upon conviction. It is because of this stigma that the principles of fundamental justice will require a minimum degree of *mens rea*, that is, as I said in *Vaillancourt*, at p. 653, "proof of some dishonesty"

For these reasons, the *mens rea* for attempted murder cannot, without restricting s. 7 of the *Charter*, require of the accused less of a mental element than that required of a murderer under s. 212(a)(i), that is, subjective foresight of the consequences. While Parliament, as I have already implied, could well extend our definition of attempted murder in *Ancio* to include the unsuccessful murderers of s. 212(a)(ii), it cannot go further and include objective foreseeability as being sufficient for a conviction without restricting s. 7 of the *Charter*.

Step Two: *Mens Rea* for Attempted Murder Pursuant to s. 21(2)

Having completed the initial step of the inquiry, one can proceed to the second step in determining the requisite *mens rea* for the conviction of a party

l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire judiciaire, ne clôt d'aucune façon le débat. L'éventail de peines que le juge peut imposer n'est pas déterminant du niveau de *mens rea* requis par la Constitution. Le point décisif est plutôt de savoir si la déclaration de culpabilité imposera à l'accusé des stigmates sociaux graves et prolongés.

Par exemple, l'infraction de vol dans les circonstances les plus graves est punissable d'un maximum de dix ans d'emprisonnement ou, dans des circonstances moins graves, d'un maximum de deux ans d'emprisonnement si la poursuite procède par voie de mise en accusation; si elle procède par voie sommaire, la peine maximale est de six mois d'emprisonnement. L'imposition par un juge d'une peine se situant à l'intérieur de ce cadre ne déclencherait pas, en vertu de l'art. 7, l'exigence constitutionnelle relative à la *mens rea*. Que la peine réelle ou possible soit sévère ou non, les stigmates sociaux associés au fait d'être qualifié de malhonnête seront automatiquement et inévitablement imposés avec la déclaration de culpabilité. C'est à cause de ces stigmates que les principes de justice fondamentale exigeront un degré minimum de *mens rea*, en l'occurrence, comme je l'ai dit à la p. 653 de l'arrêt *Vaillancourt*, la «preuve d'une certaine malhonnêteté».

Pour ces motifs, la *mens rea* requise de l'auteur d'une tentative de meurtre ne peut pas, sans restreindre l'art. 7 de la *Charte*, être un élément moral moindre que celui requis d'un meurtrier en vertu du sous-al. 212a)(i), c'est-à-dire une prévision subjective des conséquences. Bien que, comme je l'ai déjà laissé entendre, le Parlement puisse étendre la définition de la tentative de meurtre que nous avons donnée dans l'arrêt *Ancio* pour inclure les meurtriers visés au sous-al. 212a)(ii) qui n'ont pas réussi leur coup, il ne peut pas aller plus loin et édicter que la prévision objective est suffisante pour justifier une déclaration de culpabilité, sans restreindre l'art. 7 de la *Charte*.

Deuxième étape: La *mens rea* applicable à la tentative de meurtre en vertu du par. 21(2)

Après cette première étape de l'exercice, nous pouvons passer à la seconde et déterminer la *mens rea* requise pour déclarer une partie coupable, en

pursuant to s. 21(2) on a charge of attempted murder. When the principles of fundamental justice require subjective foresight in order to convict a principal of attempted murder, that same minimum degree of *mens rea* is constitutionally required to convict a party to the offence of attempted murder. Any conviction for attempted murder, whether of the principal directly or of a party pursuant to s. 21(2), will carry enough stigma to trigger the constitutional requirement. To the extent that s. 21(2) would allow for the conviction of a party to the offence of attempted murder on the basis of objective foreseeability, its operation restricts s. 7 of the *Charter*.

### Section 1 Analysis

Given the finding that s. 7 is restricted in the present case, can that restriction be found to be a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society? The section 1 analysis to be followed in answering this question has been set out in the decision of this Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

In determining the importance of the legislative objective, it is necessary to focus on what exactly needs to be justified in each particular case. At this stage, the finding that the offence of attempted murder requires, as a principle of fundamental justice, a minimum degree of *mens rea* is not in issue, but merely triggers the restriction under s. 21(2). The requisite *mens rea* for attempted murder is not the issue undergoing the s. 1 test because the current legislation for attempted murder, as interpreted by this Court in *Ancio*, meets the constitutional requirement of subjective foresight, i.e., a specific intent to kill.

Given that a minimum degree of *mens rea* (subjective foresight) is constitutionally required to convict a principal of the offence of attempted murder, the restriction of s. 7 in this case is in convicting, through the operation of s. 21(2), a non-principal who does not have that same degree

application du par. 21(2), de tentative de meurtre. Lorsque les principes de justice fondamentale exigent une prévision subjective pour déclarer coupable l'auteur principal d'une tentative de meurtre, ce même degré minimum de *mens rea* est exigé par la Constitution pour déclarer coupable une partie à l'infraction de tentative de meurtre. Toute déclaration de culpabilité de tentative de meurtre, qu'il s'agisse de l'auteur principal directement ou d'une partie en application du par. 21(2), entraînera suffisamment de stigmates pour déclencher l'exigence constitutionnelle. Dans la mesure où le par. 21(2) autorise la déclaration de culpabilité d'une partie à l'infraction de tentative de meurtre sur le fondement de la prévision objective, son application restreint l'art. 7 de la *Charte*.

### L'analyse en vertu de l'article premier

Vu la conclusion que l'art. 7 est restreint en l'espèce, cette restriction peut-elle constituer une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique? L'analyse en vertu de l'article premier à laquelle il faut procéder pour répondre à cette question a été exposée dans notre arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Pour déterminer l'importance de l'objectif législatif, il faut centrer l'analyse sur ce qui doit être justifié dans chaque cas particulier. À ce stade, la conclusion que l'infraction de tentative de meurtre exige, à titre de principe de justice fondamentale, un degré minimum de *mens rea* n'est pas en cause; elle ne fait que déclencher la restriction en vertu du par. 21(2). La *mens rea* requise pour la tentative de meurtre n'est pas le point qui subit le test de l'article premier parce que la disposition législative en vigueur applicable à la tentative de meurtre, que notre Cour a interprétée dans l'arrêt *Ancio*, respecte l'exigence constitutionnelle de prévision subjective, c.-à-d. une intention spécifique de tuer.

Vu qu'un degré minimum de *mens rea* (la prévision subjective) est requis du point de vue constitutionnel pour déclarer coupable l'auteur principal d'une tentative de meurtre, la restriction de l'art. 7 en l'espèce se situe dans la déclaration de culpabilité, par l'application du par. 21(2), d'une partie

of *mens rea*. It is not the legislative objective of s. 21(2) as a whole which this Court must scrutinize, but only the legislative objective of that portion of s. 21(2) that restricts the accused's rights under s. 7 of the *Charter* in issue in the present case. This differential treatment of parties and principals charged with attempted murder is the restriction which must undergo the s. 1 test.

In this case, the objective of such a differentiation is to deter joint criminal enterprises and to encourage persons who do participate to ensure that their accomplices do not commit offences beyond the planned unlawful purpose. This is a legislative objective of sufficient importance to justify overriding the rights of an Accused under s. 7 of the *Charter*.

The next question to be addressed is whether the means by which Parliament has chosen to achieve that purpose are reasonable and justified, that is, if they are proportional to the objective they are meant to achieve.

First, a rational connection must be shown between the legislative objective and the restriction. By operation of s. 21(2) with respect to attempted murder, any person involved with others in an unlawful purpose is held responsible for the acts of all accomplices, whether or not that person actually foresaw that the accomplice would try to kill someone in furtherance of the unlawful purpose. The objective of the legislation is that this possibility of conviction through s. 21(2) will make parties more responsible for the actions of their accomplices. Clearly, then, there is a rational connection between the restriction and the legislative objective.

However, even though Parliament has sought to achieve an important legislative objective by enacting the restriction in issue in this appeal and even though such restriction is rationally connected to that objective, I am of the view that it does not satisfy the proportionality test because it unduly impairs an accused's rights under s. 7 of the *Charter* (see *Vaillancourt, supra*, at p. 651).

qui n'a pas ce même degré de *mens rea*. Ce n'est pas l'objectif législatif du par. 21(2) dans son ensemble que notre Cour doit examiner, mais seulement l'objectif législatif de la partie du par. 21(2) qui restreint en l'espèce les droits de l'accusé en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. Ce traitement différent des parties et des auteurs principaux accusés de tentative de meurtre est la restriction qui doit subir le test de l'article premier.

En l'espèce, l'objectif d'une telle différenciation est de décourager les entreprises criminelles communes et d'inciter les personnes qui participent à ce genre d'entreprises à s'assurer que leurs complices ne commettent pas d'infractions autres que celles qui ont été planifiées. C'est un objectif législatif suffisamment important pour justifier une dérogation aux droits reconnus à un accusé en vertu de l'art. 7 de la *Charte*.

La question suivante est de savoir si les moyens par lesquels le Parlement a choisi d'atteindre cet objectif sont raisonnables et justifiés, c'est-à-dire s'ils sont proportionnés à l'objectif qu'ils visent.

Premièrement, il faut démontrer l'existence d'un lien rationnel entre l'objectif législatif et la restriction. Relativement à une tentative de meurtre, le par. 21(2) a pour effet qu'une personne qui s'associe à d'autres pour poursuivre une fin illégale est tenue responsable des actes de tous les complices, que cette personne, dans les faits, ait ou non prévu qu'un complice essaierait de tuer quelqu'un dans la poursuite de cette fin illégale. L'objectif de cette disposition est que la possibilité d'une déclaration de culpabilité au moyen du par. 21(2) rendra les parties plus responsables des actes de leurs complices. Il y a donc nettement un lien rationnel entre la restriction et l'objectif législatif.

Cependant, même si le Parlement a cherché à atteindre un objectif législatif important en adoptant la restriction en cause et même si cette restriction a un lien rationnel avec cet objectif, je suis d'avis qu'elle ne respecte pas le critère de proportionnalité parce qu'elle réduit indûment les droits que l'art. 7 de la *Charte* reconnaît à l'accusé (voir *Vaillancourt, précité*, p. 651).



The objective component of s. 21(2) unduly impairs rights under s. 7 of the *Charter* when it operates with respect to an offence for which a conviction carries severe stigma and for which, therefore, there is a constitutionally required minimum degree of *mens rea*. The words "ought to know" allow for the possibility that while a party may not have considered and accepted the risk that an accomplice may do something with the intent to kill in furtherance of the common purpose, the party, through this negligence, could still be found guilty of attempted murder. In other words, parties could be held to be criminally negligent with respect to the behaviour of someone else. For most offences under the *Criminal Code*, a person is only convicted for criminal negligence if consequences have ensued from their actions. While a person may be convicted, absent consequences, for criminal negligence (e.g., dangerous operation of a motor vehicle), none of these forms of criminal negligence carry with them the stigma of being labelled a "killer". In a situation where s. 21(2) is operating in relation to the offence of attempted murder, no consequences have resulted from the actions of the party and yet the party could be convicted of this offence and suffer severe accompanying stigma and penalty.

Because of the importance of the legislative purpose, the objective component of s. 21(2) can be justified with respect to most offences. However, with respect to the few offences for which the Constitution requires subjective intent, the stigma renders the infringement too serious and outweighs the legislative objective which, therefore, cannot be justified under s. 1.

### Conclusion

I would, therefore, as did the Court of Appeal, declare inoperative the words "or ought to have known" when considering under s. 21(2) whether a person is a party to any offence where it is a constitutional requirement for a conviction that foresight of the consequences be subjective, which is the case for attempted murder. Once these

L'élément objectif du par. 21(2) réduit indûment des droits reconnus à l'art. 7 de la *Charte* quand il agit sur une infraction dont la déclaration de culpabilité entraîne des stigmates graves et pour laquelle, par conséquent, un degré minimum de *mens rea* est exigé par la Constitution. Les mots «devait savoir» donnent lieu à la possibilité que, même si elle n'a peut-être pas envisagé et accepté le risque qu'un complice fasse quelque chose avec l'intention de tuer, dans la poursuite de la fin illégale, une partie à l'infraction, par cette négligence, soit quand même déclarée coupable de tentative de meurtre. En d'autres mots, les parties pourraient être reconnues coupables de négligence criminelle relativement au comportement de quelqu'un d'autre. Pour la plupart des infractions au *Code criminel*, une personne n'est déclarée coupable de négligence criminelle que si son acte a eu des conséquences. Bien que, même en l'absence de conséquences, une personne puisse être déclarée coupable de négligence criminelle (p. ex., conduite dangereuse d'un véhicule à moteur), aucune de ces formes de négligence criminelle n'entraîne les stigmates que comporte le qualificatif de «tueur». Lorsque le par. 21(2) est appliqué dans le contexte d'une tentative de meurtre, aucune conséquence n'a résulté des actes de la partie qui pourtant pourrait être déclarée coupable de l'infraction et subir les stigmates graves et la peine sévère que cela comporte.

À cause de l'importance de l'objectif législatif, l'élément objectif du par. 21(2) peut se justifier relativement à la plupart des infractions. Cependant, dans le cas des quelques infractions pour lesquelles la Constitution exige l'intention subjective, les stigmates rendent la violation trop grave et l'emportent sur l'objectif législatif qui, par conséquent, ne peut pas être justifié en vertu de l'article premier.

### Conclusion

Je suis donc d'avis, comme la Cour d'appel, de déclarer inopérants les mots «devait savoir» quand on cherche à déterminer, en vertu du par. 21(2), si une personne est partie à une infraction pour laquelle la Constitution exige, pour justifier une déclaration de culpabilité, une prévision subjective des conséquences, ce qui est le cas de la tentative

words are deleted, the remaining section requires, in the context of attempted murder, that the party to the common venture know that it is probable that his accomplice would do something with the intent to kill in carrying out the common purpose.

I would dismiss the appeal. I would restrict my answers to the constitutional questions as follows:

1. Does s. 21(2) of the *Criminal Code* contravene the rights and freedoms guaranteed by s. 7 and/or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes, on charges where subjective foresight is a constitutional requirement, to the extent that a party may be convicted if that person objectively "ought to have known" that the commission of the offence would be a probable consequence of carrying out the common purpose.

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is s. 21(2) of the *Criminal Code* justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Non.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—Having had the advantage of the reasons of my colleague, Chief Justice Lamer, and given my position in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, and *R. v. Rodney*, [1990] 2 S.C.R. 687, released concurrently, I cannot completely agree either with his reasons or with his answers to the constitutional question although I concur in his ultimate disposition of this appeal.

The sole issue in this case is the constitutionality of s. 21(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. This appeal does not challenge the constitutionality of s. 213(a) of the *Criminal Code*. Therefore, my colleague's oblique reference to *Martineau* is somewhat inapposite. In that decision, a minimum standard of subjective foresight for murder was imposed based on the severity of punishment and the stigma associated with that crime. I disagreed that those factors operated to render an objective foreseeability standard uncon-

de meurtre. Une fois ces mots supprimés, le reste de la disposition exige, dans le contexte de la tentative de meurtre, que la partie au projet commun sache qu'il est probable que son complice a fera quelque chose avec l'intention de tuer dans la poursuite de l'objectif commun.

Je suis d'avis de rejeter les pourvois. Je limiterais mes réponses aux questions constitutionnelles b à ce qui suit:

1. Le paragraphe 21(2) du *Code criminel* porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 7 ou l'al. 11d), ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui, relativement à des accusations où la prévision subjective est une exigence constitutionnelle, dans la mesure où une partie peut être déclarée coupable si cette personne «devait savoir» objectivement que la perpétration de l'infraction serait une conséquence probable de la poursuite de l'objectif commun.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 21(2) du *Code criminel* est-il justifié en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Non.

f Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge en chef Lamer, mais étant donné mon opinion dans les arrêts *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633 et *R. c. Rodney*, [1990] 2 R.C.S. 687, rendus ce jour, je ne puis souscrire entièrement ni à ses motifs ni aux réponses qu'il donne aux questions constitutionnelles malgré que je sois d'accord avec sa conclusion.

La seule question ici en litige concerne la constitutionnalité du par. 21(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. Ce pourvoi n'attaque pas la constitutionnalité de l'al. 213a) du *Code criminel*.

Par conséquent, le renvoi indirect que fait mon collègue à l'arrêt *Martineau* me semble quelque peu hors de propos. Dans cet arrêt, un critère minimal de prévision subjective de meurtre est imposé en raison de la sévérité de la peine et des stigmates associés à ce crime. J'ai exprimé l'avis que ces facteurs n'ont pas pour effet de rendre

stitutional, and I certainly do not believe that they are importable to the crime that is at issue in the present appeal.

In this case, the accused were charged with attempted murder. Such an offence must be treated differently, especially as regards the connection between *actus reus* and *mens rea*, than the crime of murder.

Chief Justice Dickson framed the constitutional questions as follows:

1. Does s. 21(2) of the *Criminal Code* contravene the rights and freedoms guaranteed by s. 7 and/or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is s. 21(2) of the *Criminal Code* justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Section 21 of the *Criminal Code* reads:

21. (1) Every one is a party to an offence who

- (a) actually commits it,
- (b) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it, or
- (c) abets any person in committing it.

(2) Where two or more persons form an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein and any one of them, in carrying out the common purpose, commits an offence, each of them who knew or ought to have known that the commission of the offence would be a probable consequence of carrying out the common purpose is a party to that offence.

The Ontario Court of Appeal held that s. 21(2) cannot operate in a manner so as to impose a constitutionally lower *mens rea* requirement, i.e., objective foreseeability, on a party than the *Criminal Code* imposes on the principal who actually committed or attempted to commit the criminal offence, i.e., subjective foresight in the case of attempted murder. (I agree with the caveat that Lamer C.J. himself puts in his reasons when he discusses the application of *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, in relation to the Court of Appeal's determination as regards a party to any offence.) This is in contrast to *Rodney* and *Mar-*

inconstitutionnel un critère de prévisibilité objective, et je ne crois certainement pas qu'ils soient applicables au crime dont il est question dans le présent pourvoi.

- <sup>a</sup> Dans la présente affaire, les accusés ont été inculpés de tentative de meurtre. Cette infraction doit être traitée différemment du crime de meurtre, surtout en ce qui concerne le lien entre l'*actus reus* et la *mens rea*.

Le juge en chef Dickson a formulé ainsi les questions constitutionnelles:

1. Le paragraphe 21(2) du *Code criminel* porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 7 ou l'al. 11d), ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 21(2) du *Code criminel* est-il justifié en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

L'article 21 du *Code criminel* dispose:

21. (1) Est partie à une infraction quiconque

- a) la commet réellement,
- b) accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre, ou
- c) encourage quelqu'un à la commettre.

<sup>f</sup> (2) Quand deux ou plusieurs personnes forment ensemble le projet de poursuivre une fin illégale et de s'y entr'aider et que l'une d'entre elles commet une infraction en réalisant cette fin commune, chacune d'elles qui savait ou devait savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction, est partie à cette infraction.

La Cour d'appel de l'Ontario a jugé que le par. 21(2) ne peut avoir pour effet d'imposer constitutionnellement à une partie à l'infraction un degré de *mens rea* moindre, c.-à-d. une prévisibilité objective, que celui que le *Code criminel* impose à l'auteur principal qui a réellement commis ou tenté de commettre l'infraction criminelle, c.-à-d. une prévision subjective dans le cas de tentative de meurtre. (Je suis d'accord avec la réserve que le juge en chef Lamer formule lui-même dans ses motifs lorsqu'il traite de l'application de l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, relativement à la décision de la Cour d'appel en ce qui concerne

*tineau*, where the issue was the application of s. 21 to the crime of murder, for which, according to my reasons in *Martineau*, I believe a test of objective foreseeability is appropriate. In *Martineau*, I did not have to address s. 21 because only paragraphs 21(1)(a) and (b) were included in the jury charge in conjunction with s. 213(a). Unlike s. 21(2), these provisions do not invoke the objective foreseeability standard at stake in the present case.

Only the offence of attempted murder is at issue in this appeal, and it is defined by s. 222 of the *Criminal Code*:

222. Everyone who attempts by any means to commit murder is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for life.

As this Court held in *R. v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225, a conviction for attempted murder requires proof of the specific intent to kill. No lesser *mens rea* will suffice. Parliament has decided to create a distinct offence for attempted murder, recognizing that the results of criminal acts are not to be ignored. The death of a victim renders a standard of objective foreseeability constitutionally permissible. When the attempt does not result in death, logic as well as principles of fundamental justice enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, dictate that the specific intent to commit the attempted murder crime must be conclusively proven. As I said in *Martineau* at p. 665:

If both components, *actus reus* as well as *mens rea*, are not considered when assessing the level of fault attributable to an offender, we would see manslaughter and assault causing bodily harm as no more worthy of condemnation than an assault. Mere attempts would become as serious as full offences.

When mere attempts are at issue, *mens rea* assumes a dominant role. The rationale for invoking a test of subjective foresight for attempted

une partie à une infraction quelconque.) La situation est bien différente de celle rencontrée dans *Rodney et Martineau* où le point en litige était l'application de l'art. 21 au crime de meurtre, pour lequel, suivant les motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *Martineau*, je crois qu'un critère de prévisibilité objective est approprié. Dans *Martineau*, je n'ai pas eu à examiner l'art. 21 parce que seuls les al. 21(1)a) et b) faisaient partie de l'exposé au jury relativement à l'al. 213a). Contrairement au par. 21(2), ces dispositions ne font pas appel au critère de prévisibilité objective en cause dans le présent pourvoi.

Seule l'infraction de tentative de meurtre est en cause dans le présent pourvoi. Elle est définie à l'art. 222 du *Code criminel*:

222. Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, quiconque, par quelque moyen, tente de commettre un meurtre.

Comme notre Cour l'a statué dans l'arrêt *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225, une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre requiert la preuve de l'intention spécifique de tuer. Une *mens rea* moindre ne sera pas suffisante. Le Parlement a décidé de créer une infraction distincte de tentative de meurtre, reconnaissant par là que les résultats d'actes criminels ne doivent pas être ignorés. La mort d'une victime rend un critère de prévisibilité objective constitutionnellement acceptable. Lorsque la tentative ne cause pas la mort, la logique et les principes de justice fondamentale consacrés dans la *Charte canadienne des droits et libertés* exigent que l'intention spécifique de commettre la tentative de meurtre soit prouvée de façon concluante. Comme je le mentionnais dans l'arrêt *Martineau*, à la p. 665:

Faute de tenir compte de l'*actus reus* autant que de la *mens rea* lorsqu'il s'agit d'évaluer le niveau de faute imputable à un délinquant, l'homicide involontaire coupable et les voies de fait causant des lésions corporelles seraient considérés aussi peu dignes de réprobation que les voies de fait. Les simples tentatives deviendraient aussi graves que la perpétration des infractions elles-mêmes.

Lorsque de simples tentatives sont en cause, la *mens rea* joue un rôle dominant. La philosophie sous-jacente au choix du critère de prévision sub-

murder does not stem from the crime's relationship to the crime of completed murder, but rather from its connection to crimes of attempt generally. Therefore, I do not choose to follow my colleague's dialectic on the impact of fundamental justice, or of constitutional compulsion upon Parliamentary sovereignty when legislating with respect to these crimes. The motivation for requiring subjective foresight for attempt crimes radiates from the primacy of the *mens rea* component, not from any potential penalties or social stigma that might attend conviction for the completed offence.

Part of the policy justification for enacting s. 213(a), invoked in *Martineau*, was that the act of killing cannot be disassociated from the mental element that motivated it. An exclusive examination of intent would ignore the fact that someone has been unlawfully killed. In the aftermath of such a killing it is appropriate to ask whether such a killing was objectively foreseeable, given the circumscribed list of predicate offences under s. 213, coupled with the intent to inflict bodily harm. For mere attempts, no other unlawful act is necessary. Intent is what is being punished by s. 222, not the act itself. The *mens rea* criteria for the full offence of murder and mere attempt are necessarily different. As McIntyre J., for the Court, held in *Ancio* at pp. 247-49:

Indeed, because the crime of attempt may be complete without the actual commission of any other offence and even without the performance of any act unlawful in itself, it is abundantly clear that the criminal element of the offence of attempt may lie solely in the intent.

The completed offence of murder involves a killing. The intention to commit the complete offence of murder must therefore include an intention to kill. I find it impossible to conclude that a person may intend to commit the unintentional killings described in ss. 212 and 213 [now ss. 229 and 230] of the *Code*. I am then of the view that the *mens rea* for an attempted murder cannot be less than the specific intent to kill.

After citing this authority, the Ontario Court of Appeal concluded at p. 133:

jective en matière de tentative de meurtre ne vient pas de la relation entre ce crime et le crime de meurtre complété, mais plutôt de son lien avec les crimes de tentative en général. Par conséquent, je ne suis pas la dialectique de mon collègue sur l'impact de la justice fondamentale ou de la contrainte constitutionnelle sur la souveraineté du Parlement lorsqu'il légifère relativement à ces crimes. L'exigence de prévision subjective pour les crimes de tentative est motivée par la primauté de l'élément *mens rea*, et non par les peines éventuelles ou les stigmates sociaux qui pourraient se rattacher à une déclaration de culpabilité de l'infraction complète.

Le principe invoqué en partie dans *Martineau*, pour justifier l'adoption de l'al. 213a), était que l'acte de tuer ne saurait être dissocié de l'élément moral qui l'a motivé. Le seul examen de l'intention ignorerait le fait que quelqu'un a été tué. Suite à un tel homicide, il convient de se demander si cet homicide était objectivement prévisible, compte tenu de la liste restreinte des infractions énumérées à l'art. 213, jointe à l'intention d'infliger des lésions corporelles. Dans le cas de simples tentatives, aucun autre acte illicite n'est nécessaire. L'article 222 punit l'intention, non l'acte lui-même. Les critères de la *mens rea* pour l'infraction complète de meurtre et pour de simples tentatives sont nécessairement différents. Comme l'a affirmé le juge McIntyre au nom de la Cour dans l'arrêt *Ancio*, aux pp. 247 à 249:

En effet, comme le crime de tentative peut être complet sans la perpétration d'aucune autre infraction et même sans l'accomplissement d'un acte illégal en soi, il est très clair que l'élément criminel de l'infraction de tentative peut résider uniquement dans l'intention.

Pour qu'il y ait infraction complète de meurtre, il doit y avoir homicide. L'intention de commettre l'infraction complète de meurtre doit par conséquent comprendre l'intention de tuer. Il m'est impossible de conclure qu'une personne peut avoir l'intention de commettre les homicides involontaires décrits aux art. 212 et 213 [maintenant les art. 229 et 230] du *Code*. J'estime donc que la *mens rea* de la tentative de meurtre ne peut être rien de moins que l'intention spécifique de tuer.

Après avoir cité ce passage, la Cour d'appel de l'Ontario conclut, à la p. 133:

... in so far as s. 21(2) permits a conviction of a party for the offence of attempted murder on the basis of objective foreseeability, a lesser degree of *mens rea* than is required for the principal, it is contrary to the principles of fundamental justice. Nor do we think that this departure from the principles of fundamental justice can be saved by s. 1 of the Charter.

The solution adopted by the Court of Appeal, at p. 134, was to read down the provision as follows:

Thus, on a charge of attempted murder, where s. 21(2) is invoked to determine the liability of a party to the offence, the words of s. 21(2), "ought to have known", must be held to be inoperative and cannot be resorted to by the trier of fact to determine the guilt of such an accused person.

The words "ought to know" are not to be read out of the section in all cases. This measure of objective foreseeability is certainly appropriate when the *mens rea* of the principal can be ascertained according to an objective standard as well. For example, a party to a completed murder can be convicted under s. 21(2) in its present form, if, as in *Martineau* and *Rodney*, the stringent criteria of s. 213(a), including the objective foreseeability of death, have all been proven. That is precisely the "guaranteed minimum" degree of *mens rea* prescribed by this Court in *R. v. Vaillancourt*, *supra*.

However, in the present case no killing took place. The crime was one for which the specific intent of the principal had to be shown. In those instances where the principal is held to a *mens rea* standard of subjective foresight, the party cannot constitutionally be convicted for the same crime on the basis of an objective foreseeability standard. In this regard the *actus reus* component of the offence cannot be ignored. Policy considerations addressed in *Martineau* justify treating completed killings more harshly than attempted ones. If someone who attempts to kill cannot be convicted unless the Crown proves that he had the specific intent to do so, then he who accompanied the principal cannot be convicted if the Crown merely

[TRANSLATION] ... dans la mesure où le par. 21(2) permet de déclarer une partie coupable de l'infraction de tentative de meurtre en fonction de la prévisibilité objective, c'est-à-dire un degré de *mens rea* moindre que celui requis dans le cas de l'auteur principal, il est contraire aux principes de justice fondamentale. Nous ne croyons pas non plus que cette dérogation aux principes de justice fondamentale peut être sauvegardée par l'article premier de la Charte.

La solution adoptée par la Cour d'appel, à la p. 134, a été de déclarer la disposition partiellement inopérante en ces termes:

[TRANSLATION] Ainsi, dans une accusation de tentative de meurtre, lorsque le par. 21(2) est invoqué pour déterminer la responsabilité d'une partie à l'infraction, il faut conclure que les mots «devait savoir» du par. 21(2) sont inopérants et ne peuvent être invoqués par le juge des faits pour déterminer la culpabilité de la personne ainsi accusée.

Les mots «devait savoir» de cet article ne seront pas inopérants dans tous les cas. Cette mesure de prévisibilité objective est certainement appropriée lorsque la *mens rea* de l'auteur principal peut être vérifiée en fonction d'un critère qui est lui aussi objectif. Par exemple, une partie à un meurtre complet peut être reconnue coupable en vertu du par. 21(2) sous sa forme actuelle si, comme dans les affaires *Martineau* et *Rodney*, les critères stricts de l'al. 213a), y compris la prévisibilité objective de la mort, ont tous été établis. C'est précisément le degré «minimum garanti» de *mens rea* prescrit par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, précité.

En l'espèce cependant, il n'y a pas eu d'homicide. Le crime ici en cause est un crime pour lequel l'intention spécifique de l'auteur principal devait être démontrée. Dans les cas où l'auteur principal est soumis à un critère de *mens rea* qui exige la prévision subjective, la partie à l'infraction ne peut être constitutionnellement reconnue coupable du même crime en fonction d'un critère de prévisibilité objective. À cet égard, l'élément *actus reus* de l'infraction ne saurait être ignoré. Les considérations de principe examinées dans l'arrêt *Martineau* justifient qu'on traite les meurtres complets plus sévèrement que les tentatives de meurtre. Si une personne qui tente de tuer ne peut être reconnue coupable que si le ministère public prouve qu'elle

shows that the attempted murder was objectively foreseeable.

Therefore, I would dismiss this appeal and answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 21(2) of the *Criminal Code* contravene the rights and freedoms guaranteed by s. 7 and/or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes, in so far as a party can be convicted on the basis that he or she ought to have known that an offence was a probable result of the common purpose, in cases where a subjective standard is constitutionally required for the principal; as a result, the words "ought to know" are inoperative in cases, and only in those cases, where subjective foresight is constitutionally required of the principal.

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is s. 21(2) of the *Criminal Code* justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

In those aforementioned instances, the violation is not justified under s. 1.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—I have had the opportunity of reading the reasons for judgement herein prepared by Chief Justice Lamer and Justice L'Heureux-Dubé.

I concur in the result reached by Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé J. I disagree with the conclusion reached by the Court of Appeal that there is a principle of fundamental justice whereby in all cases the level of *mens rea* possessed by the principal offender must also be possessed by the party. I agree with Lamer C.J. that the correct constitutional principle is that if social stigma and other factors require the principal offender to possess a constitutional minimum mind state in order to be convicted of an offence, then a party under s.

avait l'intention spécifique de le faire, alors, celui qui accompagnait l'auteur principal ne peut pas être reconnu coupable si le ministère public prouve seulement que la tentative était objectivement a prévisible.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

1. Le paragraphe 21(2) du *Code criminel* porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 7 ou l'al. 11d), ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui, dans la mesure où une partie peut être déclarée coupable pour le motif qu'elle devait savoir que l'infraction serait la conséquence probable de la réalisation de l'intention commune dans les cas où une norme subjective est constitutionnellement exigée à l'égard de l'auteur principal; en conséquence, les mots «devait savoir» sont inopérants dans les cas, et seulement dans les cas, où une prévision subjective est constitutionnellement requise de la part de l'auteur principal.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 21(2) du *Code criminel* est-il justifié en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Dans les cas susmentionnés, la violation n'est pas justifiée en vertu de l'article premier.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA—J'ai pris connaissance des motifs rédigés par le juge en chef Lamer et le juge L'Heureux-Dubé.

Je souscris au résultat auquel arrivent le juge en chef Lamer et le juge L'Heureux-Dubé. Je ne partage pas la conclusion de la Cour d'appel qu'il existe un principe de justice fondamentale selon lequel, il faut, dans tous les cas, que la partie à une infraction possède le même degré de *mens rea* que l'auteur principal de cette infraction. Je suis d'accord avec le juge en chef Lamer pour dire que le bon principe constitutionnel est celui qui porte que si les stigmates sociaux et autres facteurs exigent que l'auteur principal de l'infraction possède l'état

21(2) must possess that same minimum mind state.

The majority of the Court in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, concludes that murder is a special offence requiring subjective foresight of death. In my reasons in *Martineau* I explain why it is unnecessary to determine this issue beyond applying *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636. Assuming that the majority in *Martineau* is correct, it would follow that subjective foresight is a constitutional requirement for attempted murder. On that basis, applying the constitutional principles relating to s. 21(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, formulated by Lamer C.J., the party must be shown to have the same mental state.

*Appeal dismissed.*

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

*Solicitors for the respondents: Danson & Zucker, Toronto.*

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

d'esprit minimum requis constitutionnellement pour être déclaré coupable de cette infraction, alors une partie au sens du par. 21(2) doit posséder le même état d'esprit minimal.

<sup>a</sup> La Cour à la majorité, dans l'affaire *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, conclut que le meurtre est une infraction spéciale qui exige la prévision subjective de la mort. Dans les motifs que j'ai rédigés dans l'affaire *Martineau*, j'explique pourquoi on peut s'en tenir à appliquer l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, pour trancher cette question. En supposant que la Cour à la majorité dans l'affaire *Martineau* ait raison, il s'ensuivrait que la prévision subjective serait une condition constitutionnelle de la tentative de meurtre. Compte tenu de cela, si on applique les principes constitutionnels que le juge en chef Lamer a formulés au sujet du par. 21(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, il faut démontrer que la partie à l'infraction avait le même état d'esprit.

*Pourvoi rejeté.*

<sup>e</sup> *Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général, Toronto.*

*Procureurs des intimés: Danson & Zucker, Toronto.*

<sup>f</sup> *Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.*