

Marc Creighton *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the
Attorney General of Quebec, the Attorney
General of Manitoba and the
Attorney General for
Saskatchewan *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. CREIGHTON

File No.: 22593.

1993: February 3; 1993: September 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Funda-
mental justice — Mens rea — Unlawful act manslaught-
er — Accused injecting cocaine into deceased, who
died as a result — Injection constituting trafficking
under Narcotic Control Act — Accused convicted of
manslaughter — Common law definition of unlawful act
manslaughter requiring foreseeability of bodily injury —
Whether common law manslaughter must be “read up”
to require foreseeability of death — Canadian Charter
of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C.,
1985, c. C-46, s. 222(5)(a).*

*Criminal law — Unlawful act manslaughter — Mens
rea — Accused injecting cocaine into deceased, who
died as a result — Injection constituting trafficking
under Narcotic Control Act — Accused convicted of
manslaughter — Common law definition of unlawful act
manslaughter requiring foreseeability of bodily injury —
Whether common law manslaughter contravenes s. 7 of*

Marc Creighton *Appelant*

c.

^a Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

^b Le procureur général du Canada,
le procureur général du Québec,
le procureur général du Manitoba et
le procureur général de la
^c Saskatchewan *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. CREIGHTON

N° du greffe: 22593.

^d 1993: 3 février; 1993: 9 septembre.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice
fondamentale — Mens rea — Homicide involontaire
coupable résultant d'un acte illégal — Accusé ayant
injecté de la cocaïne à la victime, par suite de quoi
celle-ci est morte — Injection consistant à faire le trafic
au sens de la Loi sur les stupéfiants — Accusé reconnu
coupable d'homicide involontaire coupable — Selon la
définition de common law, l'homicide involontaire cou-
pable résultant d'un acte illégal exige la prévisibilité de
lésions corporelles — L'homicide involontaire coupable
prévu par la common law doit-il être considéré comme
exigeant la prévisibilité de la mort? — Charte cana-
dienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel,
L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 222(5)a).*

*Droit criminel — Homicide involontaire coupable
résultant d'un acte illégal — Mens rea — Accusé ayant
injecté de la cocaïne à la victime, par suite de quoi
celle-ci est morte — Injection consistant à faire le trafic
au sens de la Loi sur les stupéfiants — Accusé reconnu
coupable d'homicide involontaire coupable — Selon la
définition de common law, l'homicide involontaire cou-
pable résultant d'un acte illégal exige la prévisibilité de
lésions corporelles — L'homicide involontaire coupable
prévu par la common law enfreint-il l'art. 7 de la*

Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 222(5)(a).

Over an 18-hour period, the accused, a companion of his and the deceased shared a large quantity of alcohol and cocaine at the deceased's apartment. With the deceased's consent, the accused injected a quantity of cocaine into her forearm. She immediately began to convulse violently and appeared to cease breathing. Subsequent expert testimony confirmed that, as a result of the injection, she had experienced a cardiac arrest, and later asphyxiated on the contents of her stomach. Both the accused and his companion attempted unsuccessfully to resuscitate the deceased. The companion indicated he wanted to call for emergency assistance but the accused, by verbal intimidation, convinced him not to. The accused placed the deceased, who was still convulsing, on her bed. He then proceeded to clean the apartment of any possible fingerprints, and the two men then left. The companion returned unaccompanied to the deceased's apartment six to seven hours later and called for emergency assistance. The deceased was thereupon pronounced dead. The accused was charged with manslaughter. Defence counsel conceded at trial that the injection into the deceased's body constituted "trafficking" within the meaning of s. 4(1) of the *Narcotic Control Act*. The Crown argued that the accused was guilty of manslaughter as the death was the direct consequence of an unlawful act, contrary to s. 222(5)(a) of the *Criminal Code*. The accused was convicted, and the Court of Appeal upheld the conviction. This appeal is to determine whether the common law definition of unlawful act manslaughter contravenes s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Held: The appeal should be dismissed.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.: The test for the *mens rea* of unlawful act manslaughter is objective foreseeability of the risk of bodily harm which is neither trivial nor transitory, in the context of a dangerous act. Foreseeability of the risk of death is not required. This test does not violate the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. The *mens rea* requirement of foreseeability of harm is entirely appropriate to the stigma associated with the offence of manslaughter. By the very act of calling the killing manslaughter, the law indicates that the killing is less blameworthy than murder. Nor does the sentence attached to manslaughter require elevation of the degree

Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 222(5)a).

Sur une période de 18 heures, l'accusé, un compagnon à lui et la victime ont partagé à l'appartement de cette dernière une grande quantité d'alcool et de cocaïne. Avec le consentement de la victime, l'accusé lui a injecté dans l'avant-bras une certaine quantité de cocaïne. Elle a immédiatement été prise de violentes convulsions et a paru cesser de respirer. Un témoignage d'expert est venu confirmer par la suite que la victime avait subi un arrêt cardiaque provoqué par l'injection et a été asphyxiée par le contenu de son estomac. Les tentatives de l'accusé et de son compagnon de ranimer la victime se sont révélées vaines. Le compagnon a donc exprimé l'intention de demander des secours d'urgence, mais l'accusé, recourant à l'intimidation verbale, l'en a dissuadé. L'accusé a placé la victime, qui avait toujours des convulsions, sur son lit, puis s'est affairé à effacer les empreintes digitales pouvant se trouver dans l'appartement. Les deux hommes ont alors quitté les lieux. Le compagnon y est retourné seul six ou sept heures plus tard et a appelé les secours d'urgence. Arrivés sur les lieux, les secouristes ont constaté la mort de la victime. Une accusation d'homicide involontaire coupable a été portée contre l'accusé. L'avocat de la défense a reconnu au procès que l'injection dans le corps de la victime consistait à «faire le trafic» au sens du par. 4(1) de la *Loi sur les stupéfiants*. Quant au ministère public, il a fait valoir que l'accusé s'était rendu coupable d'homicide involontaire coupable puisque la mort de la victime résultait directement d'un acte illégal, ce qui constituait une infraction à l'al. 222(5)a) du *Code criminel*. L'accusé a été déclaré coupable, verdict qu'a confirmé la Cour d'appel. Le pourvoi vise à déterminer si la définition en common law de l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal enfreint l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin: Le critère pour la détermination de la *mens rea* dans le cas de l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal est celui de la prévisibilité objective (dans le contexte d'un acte dangereux) du risque de lésions corporelles qui ne sont ni sans importance ni de nature passagère. La prévisibilité du risque de la mort n'est pas nécessaire. Ce critère ne viole pas les principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte*. La prévisibilité d'un préjudice en tant qu'exigence en matière de *mens rea* convient parfaitement aux stigmates rattachés à l'infraction d'homicide involontaire coupable. Le fait même que l'acte soit qualifié

of *mens rea* for the offence. Finally, the principle that those causing harm intentionally must be punished more severely than those causing harm unintentionally is strictly observed in the case of manslaughter. The standard of *mens rea* required for manslaughter is thus appropriately tailored to the seriousness of the offence.

Risk of bodily harm is not appreciably different from risk of death in the context of manslaughter: when the risk of bodily harm is combined with the established rule that a wrongdoer must take his victim as he finds him and the fact that death did in fact occur, the distinction disappears. Further, while the rule that there must be symmetry between the *mens rea* and the prohibited consequences of the offence is a general rule of criminal law, it is not a principle of fundamental justice. Just as it would offend fundamental justice to punish a person who did not intend to kill for murder, so it would equally offend common notions of justice to acquit a person who has killed another of manslaughter and find him guilty instead of aggravated assault on the ground that death, as opposed to harm, was not foreseeable. Fundamental justice does not require absolute symmetry between moral fault and the prohibited consequences. Consequences, or the absence of consequences, can properly affect the seriousness with which Parliament treats specified conduct. Policy considerations support a test for the *mens rea* of manslaughter based on foreseeability of the risk of bodily injury, rather than death.

The objective test for criminal fault, which requires a "marked departure" from the standard of the reasonable person, should not be extended to incorporate a standard of care which varies with the background and predisposition of each accused. Considerations of principle and policy dictate the maintenance of a single, uniform legal standard of care for such offences, subject to one exception: incapacity to appreciate the nature of the risk which the activity in question entails. The principle that the criminal law will not convict the morally innocent does not require consideration of personal factors short of incapacity. The criminal law, while requiring mental fault as an element of a conviction, has steadfastly

d'homicide involontaire coupable révèle que, sur le plan juridique, cet homicide est moins répréhensible que le meurtre. D'autre part, la peine sanctionnant l'homicide involontaire coupable ne nécessite pas un degré plus élevé de *mens rea* pour cette infraction. En dernier lieu, le principe selon lequel les personnes qui causent intentionnellement un préjudice méritent une peine plus sévère que les personnes qui le font involontairement est strictement observé dans le cas de l'homicide involontaire coupable. Par conséquent, le degré de *mens rea* requis pour l'homicide involontaire coupable est bien adapté à la gravité de l'infraction.

Le risque de lésions corporelles ne diffère pas sensiblement du risque de mort dans le contexte de l'homicide involontaire coupable: cette distinction s'évanouit lorsque le risque de lésions corporelles est associé à la règle établie selon laquelle l'auteur du méfait doit prendre sa victime comme elle est et au fait que la mort est effectivement survenue. En outre, la règle exigeant qu'il y ait correspondance entre la *mens rea* et les conséquences interdites de l'infraction est une règle générale de droit criminel; elle n'est pas un principe de justice fondamentale. De même que ce serait choquer la justice fondamentale que de frapper de la peine prévue pour le meurtre une personne qui n'a pas eu l'intention de commettre d'homicide, de même, ce serait contraire aux notions courantes de justice de déclarer non coupable d'homicide involontaire coupable une personne qui a ôté la vie à autrui et de la reconnaître coupable plutôt de voies de fait graves au motif que la mort, à la différence du préjudice corporel, n'était pas prévisible. La justice fondamentale n'exige pas la symétrie absolue de la faute morale et des conséquences prohibées. Les conséquences, ou leur absence, peuvent légitimement avoir une incidence sur la gravité que prête le législateur à une conduite déterminée. Des considérations de principe appuient, pour la *mens rea* de l'homicide involontaire coupable, un critère fondé sur la prévisibilité du risque de lésions corporelles plutôt que de la mort.

Le critère objectif en matière de faute criminelle, qui nécessite un «écart marqué» par rapport à la norme de la personne raisonnable, ne doit pas être élargi de manière à comprendre une norme de diligence qui varie selon les antécédents et les prédispositions de l'accusé. Des considérations de principe et d'intérêt public commandent le maintien, pour le genre d'infractions dont il est question, d'une seule et uniforme norme juridique de diligence, sauf dans le cas de l'incapacité à apprécier la nature du risque que comporte l'activité en question. Le principe selon lequel une personne moralement innocente ne doit pas être reconnue coupable en droit criminel n'oblige pas à tenir compte de facteurs personnels

rejected the idea that a person's personal characteristics can (short of incapacity) excuse the person from meeting the standard of conduct imposed by the law. The fundamental premises upon which the criminal law rests mandate that personal characteristics not directly relevant to an element of the offence serve as excuses only at the point where they establish incapacity, whether the inability to appreciate the nature and quality of one's conduct in the context of intentional crimes, or the incapacity to appreciate the risk involved in one's conduct in the context of crimes of manslaughter or penal negligence.

While the legal duty of the accused is not particularized by his or her personal characteristics short of incapacity, it is particularized in application by the nature of the activity and the circumstances surrounding the accused's failure to take the requisite care. The question is what the reasonably prudent person would have done in all the circumstances. The legal standard of care is always the same—what a reasonable person would have done in all the circumstances. The *de facto* or applied standard of care, however, may vary with the activity in question and the circumstances in the particular case.

In cases of penal negligence, the first question is whether the *actus reus* is established. This requires that the negligence constitute a marked departure from the standards of the reasonable person in all the circumstances of the case. The next question is whether the *mens rea* is established. As is the case with crimes of subjective *mens rea*, the *mens rea* for objective foresight of risking harm is normally inferred from the facts. The standard is that of the reasonable person in the circumstances of the accused. If a *prima facie* case for *actus reus* and *mens rea* are made out, it is necessary to ask a further question: did the accused possess the requisite capacity to appreciate the risk flowing from his conduct? If this further question is answered in the affirmative, the necessary moral fault is established and the accused is properly convicted. If not, the accused must be acquitted.

In this case a reasonable person in all the circumstances would have foreseen the risk of bodily harm. At the very least, a person administering a dangerous drug

qui ne constituent pas une incapacité. En droit criminel, bien que la faute morale soit requise à titre d'élément fondant une déclaration de culpabilité, on a systématiquement rejeté l'idée que les caractéristiques personnelles (autres que l'incapacité) puissent dispenser d'avoir à satisfaire à la norme de conduite prescrite par la loi. Les prémisses fondamentales sur lesquelles repose le droit criminel commandent que les caractéristiques personnelles qui ne se rapportent pas directement à un élément de l'infraction ne servent d'excuses que si elles établissent l'incapacité, que ce soit l'incapacité à comprendre la nature et la qualité de sa conduite dans le contexte de crimes intentionnels, ou celle à apprécier le risque que comporte sa conduite dans le cas de crimes d'homicide involontaire coupable ou de négligence pénale.

Quoique l'obligation légale incombant à l'accusé ne soit pas particularisée par ses caractéristiques personnelles autres que l'incapacité, elle se particularise dans les faits par la nature de l'activité et les circonstances entourant l'omission de l'accusé de faire preuve de la diligence requise. Il faut se demander ce qu'aurait fait une personne raisonnablement prudente dans les mêmes circonstances. La norme juridique de diligence reste toujours la même: ce qu'aurait fait une personne raisonnable dans les mêmes circonstances. La norme effectivement appliquée peut toutefois varier en fonction de l'activité dont il s'agit et des circonstances de l'espèce.

Dans des affaires de négligence pénale, on doit se demander en premier lieu si l'*actus reus* a été prouvé. Il faut pour cela que la négligence représente dans toutes les circonstances de l'affaire un écart marqué par rapport à la norme de la personne raisonnable. Se pose ensuite la question de savoir si la *mens rea* a été établie. Comme c'est le cas des crimes comportant une *mens rea* subjective, la *mens rea* requise pour qu'il y ait prévision objective du risque de causer un préjudice s'infère normalement des faits. La norme applicable est celle de la personne raisonnable se trouvant dans la même situation que l'accusé. Si l'*actus reus* et la *mens rea* sont tous deux établis au moyen d'une preuve suffisante à première vue, il faut se demander en outre si l'accusé possédait la capacité requise d'apprécier le risque inhérent à sa conduite. Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à cette dernière question, la faute morale nécessaire est établie et un verdict de culpabilité peut à bon droit être rendu contre l'accusé. Dans l'hypothèse contraire, c'est un verdict d'acquiescement qui s'impose.

En l'espèce, compte tenu de toutes les circonstances, une personne raisonnable aurait prévu le risque de lésions corporelles. Tout au moins, il incombe à une

like cocaine to another has a duty to inform himself as to the precise risk the injection entails and to refrain from administering it unless reasonably satisfied that there was no risk of harm. As that was not the case here, as the trial judge found, the conviction was properly entered and should not be disturbed.

Per La Forest J.: Both at the constitutional level and in the interpretation of offences, the adoption of subjective rather than objective *mens rea* was favoured. The subjective view of *mens rea* underlines that no one will be punished for anything he or she did not intend or at least advert to, and its use supports one's feeling that a morally innocent person will not be punished. The objective view, however qualified, does not fully serve these ends, and loses most of the practical advantages sought to be attained by the objective approach. Objective *mens rea* as to consequence should accordingly not be qualified in the manner proposed by Lamer C.J. The position taken by McLachlin J. would also seem to be favoured by this Court's decision in *R. v. DeSousa*. McLachlin J.'s view that foreseeability of the risk of bodily injury, rather than death, is sufficient was also preferred.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Iacobucci and Major JJ.: There is no general constitutional principle requiring subjective foresight for criminal offences. There are, however, certain crimes where, because of the special nature of the stigma attached to a conviction therefor or the available penalties, the principles of fundamental justice require a *mens rea* reflecting the particular nature of that crime. In analysing social stigma, the court must first look to the conduct being punished to determine if it is of sufficient gravity to import significant moral opprobrium on the individual found guilty of engaging in such conduct. The second branch of the stigma test concerns the moral blameworthiness not of the offence, but of the offender found guilty of committing it. As a general proposition, more stigma will attach to those who knowingly engage in wrongful conduct than to those who recklessly or inadvertently engage in the same conduct.

Unlawful act manslaughter falls into the class of offences where a mental element in relation to the consequence must be established, and the stigma attached to a conviction for culpable homicide is significant enough

personne qui administre à autrui une drogue dangereuse comme la cocaïne de se renseigner sur le risque précis que comporte l'injection et de ne l'administrer que si elle a des motifs raisonnables de croire à l'absence d'un risque de préjudice. Puisque, comme l'a conclu le juge du procès, tel n'a pas été le cas en l'espèce, c'est à bon droit que le verdict de culpabilité a été inscrit et il n'y a pas lieu de le modifier.

Le juge La Forest: Autant sur le plan constitutionnel que pour l'interprétation des infractions, l'adoption d'une *mens rea* subjective plutôt qu'objective est préférée. D'après la *mens rea* subjective, nul ne sera puni pour ce qu'il n'entendait pas faire ou, à tout le moins, pour ce qu'il n'a pas prévu. En outre, son utilisation renforce le sentiment que la personne moralement innocente ne sera pas punie. La *mens rea* objective, quelle que soit la nuance qu'on y apporte, ne sert pas pleinement ces fins et perd la plupart des avantages pratiques visés par la *mens rea* objective. Par conséquent, la *mens rea* objective quant aux conséquences ne doit pas être nuancée de la manière proposée par le juge en chef Lamer. La position adoptée par le juge McLachlin semble aussi être appuyée par l'arrêt *R. c. DeSousa* de la Cour. Est également préférée l'opinion du juge McLachlin selon laquelle il suffit qu'il y ait prévisibilité du risque de lésions corporelles plutôt que de la mort.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Iacobucci et Major: Aucun principe constitutionnel général n'exige dans le cas des infractions criminelles une prévision subjective. Il existe toutefois des crimes pour lesquels, en raison de la nature spéciale des stigmates qui se rattachent à une déclaration de culpabilité de ceux-ci ou en raison des peines qui peuvent être infligées le cas échéant, les principes de justice fondamentale commandent une *mens rea* qui reflète la nature particulière du crime en question. En analysant les stigmates sociaux, la cour doit d'abord examiner la conduite sanctionnée afin de déterminer si elle est suffisamment grave pour attirer une grande réprobation morale sur la personne qui en est reconnue coupable. Dans son second volet, le critère relatif aux stigmates concerne le caractère moralement blâmable rattaché non pas à l'infraction mais bien à la personne reconnue coupable de l'avoir commise. D'une manière générale, les stigmates seront plus grands pour les personnes qui se livrent sciemment à une conduite illicite qu'ils ne le sont dans le cas de celles qui le font par insouciance ou inconsciemment.

L'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal tombe dans la catégorie des infractions pour lesquelles doit être établi un élément moral relativement à la conséquence, et les stigmates rattachés à une déclara-

to require, at a minimum, objective foresight of the risk of death in order for the offence to comply with s. 7 of the *Charter*. Section 222(5)(a) of the *Code* is open to the interpretation that objective foreseeability of death is required by virtue of the section, an interpretation that would render it constitutional. In accordance with the requirements of s. 7 of the *Charter*, the proper interpretation of unlawful act manslaughter under s. 222(5)(a) of the *Code* requires the Crown to prove beyond reasonable doubt: (a) that the accused has committed an unlawful act which caused the death of the deceased; (b) that the unlawful act must be one that is objectively dangerous (i.e., in the sense that a reasonable person would realize that it gives rise to a risk of harm); (c) that the fault requirement of the predicate offence, which cannot extend to offences of absolute liability, was in existence and (d) that a reasonable person in the circumstances of the accused would foresee the unlawful act giving rise to a risk of death.

In determining whether a reasonable person in the circumstances of the accused would have foreseen the risk of death arising from the unlawful act, the trier of fact must pay particular attention to any human frailties which might have rendered the accused incapable of having foreseen what the reasonable person would have foreseen. Once the Crown has established beyond a reasonable doubt that this reasonable person in the context of the offence would have foreseen the risk of death created by his or her conduct, the focus of the investigation must shift to the question of whether a reasonable person in the position of the accused would have been capable of foreseeing such a risk.

Where the accused is charged with the offence of unlawful act manslaughter, the trier of fact must ask the threshold question of whether a reasonable person in the same circumstances would have been aware that the likely consequences of his or her unlawful conduct would create the risk of death. If the answer is no, then the accused must be acquitted. If the answer is yes, however, the trier must then ask whether the accused was unaware (a) because he or she did not turn his or her mind to the consequences of the conduct and thus to the risk of death likely to result, or (b) because he or she lacked the capacity to turn his or her mind to the consequences of the conduct and thus to the risk of death likely to result, due to human frailties. If the answer is (a), the accused must be convicted, since the criminal law cannot allow the absence of actual awareness to be an excuse to criminal liability. If the answer is (b), the trier must ask whether in the context of the particular

tion de culpabilité d'homicide coupable sont assez graves pour nécessiter, tout au moins, la prévision objective du risque de mort pour que l'infraction soit conforme à l'art. 7 de la *Charte*. L'alinéa 222(5)a) du *Code* admet une interprétation selon laquelle il exige la prévisibilité objective de la mort, interprétation qui le rendrait constitutionnel. Si l'on veut respecter les exigences de l'art. 7 de la *Charte*, la bonne interprétation de l'infraction d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal prévue à l'al. 222(5)a) du *Code* est celle suivant laquelle le ministère public est tenu de prouver hors de tout doute raisonnable: a) que l'accusé a commis un acte illégal qui a causé la mort de la victime; b) que cet acte illégal est objectivement dangereux (c.-à-d. en ce sens qu'une personne raisonnable comprendrait qu'il présente un risque de préjudice); c) qu'existait l'exigence en matière de faute relative à l'infraction sous-jacente, laquelle ne saurait être une infraction de responsabilité absolue, et d) qu'une personne raisonnable dans la même situation que l'accusé aurait prévu le risque de mort que comportait l'acte illégal.

Pour déterminer si une personne raisonnable se trouvant dans la même situation que l'accusé aurait prévu le risque de mort que comportait l'acte illégal, le juge des faits doit s'arrêter particulièrement aux faiblesses humaines qui auraient pu mettre l'accusé dans l'incapacité de prévoir ce qu'aurait prévu une personne raisonnable. Du moment que le ministère public établit hors de tout doute raisonnable que, dans le contexte de l'infraction en question, cette personne raisonnable aurait prévu le risque de mort que comportait sa conduite, l'examen doit porter principalement sur la question de savoir si une personne raisonnable se trouvant à la place de l'accusé aurait pu prévoir ce risque.

Si l'infraction reprochée à l'accusé est celle d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, le juge des faits doit se poser la question préliminaire de savoir si une personne raisonnable se trouvant dans la même situation aurait été consciente que sa conduite illégale aurait pour conséquence probable de créer le risque de mort. Si la réponse est négative, l'accusé doit être acquitté. Toutefois, si la réponse est affirmative, le juge des faits doit se demander si l'accusé n'en était pas conscient a) soit parce qu'il n'a pas réfléchi aux conséquences de sa conduite ni, par conséquent, au risque de mort qu'elle comportait probablement; b) soit parce que, en raison de faiblesses humaines, il a été incapable de réfléchir aux conséquences de sa conduite et, par conséquent, au risque de mort qu'elle comportait probablement. Si c'est l'hypothèse a) qui est retenue, l'accusé doit être déclaré coupable puisque le droit criminel ne peut permettre que le fait de ne pas avoir été conscient

offence, the reasonable person with the capacities of the accused would have made him- or herself aware of the likely consequences of the unlawful conduct and the resulting risk of death. In this third and final stage of the inquiry, the accused's behaviour is still measured against the standard of the reasonable person, but the reasonable person is constructed to account for the accused's particular capacities and resulting inability to perceive and address certain risks.

Human frailties encompass personal characteristics habitually affecting an accused's awareness of the circumstances which create risk. Such characteristics must be relevant to the ability to perceive the particular risk. In addition, the relevant characteristics must be traits which the accused cannot control or otherwise manage in the circumstances. Two central criteria are the gravity of the offence and the inherent purposefulness of the conduct involved.

In this case the trial judge concluded that the accused foresaw the risk of death or serious bodily harm in injecting the deceased with cocaine, given the lethal nature of the narcotic in question and the fashion in which it was administered, the familiarity of the accused with the drug and its dangerous properties. The trial judge erred in adopting the standard of objective foreseeability with respect to unlawful act manslaughter contained in an earlier line of cases which referred to "the risk of some harm", but since he found that the accused actually did appreciate the risk of death, it is clear that had he instructed himself properly, he would necessarily have arrived at the same verdict. There is therefore no substantial wrong or miscarriage of justice which would require a new trial.

Cases Cited

By McLachlin J.

Applied: *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; **referred to:** *R. v. Larkin*, [1943] 1 All E.R. 217; *R. v. Tennant* (1975), 23 C.C.C. (2d) 80; *R. v. Adkins* (1987), 39 C.C.C. (3d) 346; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Dixon* (1814), 3 M. & S. 11, 105 E.R. 516; *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360; *R. v. Aspinall*

d'une chose constitue une excuse relativement à la responsabilité criminelle. Si la réponse est b), le juge des faits doit alors se demander si, dans le contexte de l'infraction en question, une personne raisonnable possédant les capacités de l'accusé aurait fait en sorte d'être consciente des conséquences probables de sa conduite illégale et du risque de mort qu'elle comportait. À cette troisième et dernière étape de l'examen, le comportement de l'accusé est encore examiné par rapport à la norme de la personne raisonnable, mais cette norme est interprétée de façon à tenir compte des capacités particulières de l'accusé et, partant, de son incapacité à se rendre compte de certains risques et à agir en conséquence.

Les faiblesses humaines englobent des caractéristiques personnelles qui influent habituellement sur la conscience que peut avoir l'accusé des circonstances créant un risque. Ces caractéristiques doivent avoir un lien avec la capacité de percevoir le risque en question. En outre, les caractéristiques pertinentes doivent être de celles que l'accusé ne peut maîtriser d'aucune façon dans les circonstances. Deux critères fondamentaux à retenir sont la gravité de l'infraction et le caractère intentionnel inhérent de la conduite en cause.

En l'espèce, le juge du procès a conclu que l'accusé avait prévu le risque de mort ou de lésions corporelles graves que présentait l'injection de cocaïne à la victime, étant donné la létalité du stupéfiant en question et vu la façon dont il a été administré et la connaissance qu'avait l'accusé de ce stupéfiant et de ses propriétés dangereuses. C'est à tort que le juge du procès a adopté relativement à l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal la norme de la prévisibilité objective énoncée dans la jurisprudence moins récente, où l'on parle du «risque d'un préjudice», mais comme il a conclu que l'accusé se rendait effectivement compte du risque de mort, il est évident que, s'il ne s'était pas trompé, le juge aurait nécessairement rendu le même verdict. Par conséquent, il n'y a eu aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave nécessitant la tenue d'un nouveau procès.

Jurisprudence

i Citée par le juge McLachlin

Arrêt appliqué: *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; **arrêts mentionnés:** *R. c. Larkin*, [1943] 1 All E.R. 217; *R. c. Tennant* (1975), 23 C.C.C. (2d) 80; *R. c. Adkins* (1987), 39 C.C.C. (3d) 346; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Dixon* (1814), 3 M. & S. 11, 105 E.R. 516; *R. c. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360; *R. c. Aspi-*

(1876), 2 Q.B.D. 48; *R. v. Serné* (1887), 16 Cox 311; *Smithers v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 506; *R. v. Cole* (1981), 64 C.C.C. (2d) 119; *R. v. Lelievre*, [1962] O.R. 522; *R. v. Cato* (1975), 62 Cr. App. R. 41; *Director of Public Prosecutions v. Newbury* (1976), 62 Cr. App. R. 291; *R. v. Fraser* (1984), 16 C.C.C. (3d) 250; *United States v. Robertson*, 19 C.M.R. 102 (1955); *Tucker v. Commonwealth*, 303 Ky. 864 (1947); *Nelson v. State*, 58 Ga. App. 243 (1938); *Rutledge v. State*, 41 Ariz. 48 (1932); *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Finlay*, [1993] 3 S.C.R. 103; *R. v. Brooks* (1988), 41 C.C.C. (3d) 157; *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867; *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *R. v. Sansregret*, [1985] 1 S.C.R. 570; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76; *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *R. v. Hill*, [1986] 1 S.C.R. 313; *Salamon v. The Queen*, [1959] S.C.R. 404; *McErlean v. Sarel* (1987), 61 O.R. (2d) 396; *Dellwo v. Pearson*, 107 N.W.2d 859 (1961); *Vaughan v. Menlove* (1837), 3 Bing. (N.C.) 468, 132 E.R. 490; *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392; *R. v. Rogers*, [1968] 4 C.C.C. 278; *R. v. Sullivan* (1986), 31 C.C.C. (3d) 62; *R. v. Crick* (1859), 1 F. & F. 519, 175 E.R. 835.

By La Forest J.

Considered: *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; **referred to:** *R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76; *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122; *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867.

By Lamer C.J.

Considered: *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; *R. v. L. (S.R.)* (1992), 11 O.R. (3d) 271; **not followed:** *R. v. Church* (1965), 49 Cr. App. R. 206; *R. v. Tennant* (1975), 23 C.C.C. (2d) 80; **referred to:** *R. v. Larkin* (1942), 29 Cr. App. R. 18; *Director of Public Prosecutions v. Newbury* (1976), 2 Cr. App. R. 291; *R. v. Lelievre*, [1962] O.R. 522; *R. v. Adkins* (1987), 39 C.C.C. (3d) 346; *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392; *R. v. Waite*, [1989] 1 S.C.R. 1436; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739.

nall (1876), 2 Q.B.D. 48; *R. c. Serné* (1887), 16 Cox 311; *Smithers c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 506; *R. c. Cole* (1981), 64 C.C.C. (2d) 119; *R. c. Lelievre*, [1962] O.R. 522; *R. c. Cato* (1975), 62 Cr. App. R. 41; *Director of Public Prosecutions c. Newbury* (1976), 62 Cr. App. R. 291; *R. c. Fraser* (1984), 16 C.C.C. (3d) 250; *United States c. Robertson*, 19 C.M.R. 102 (1955); *Tucker c. Commonwealth*, 303 Ky. 864 (1947); *Nelson c. State*, 58 Ga. App. 243 (1938); *Rutledge c. State*, 41 Ariz. 48 (1932); *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Finlay*, [1993] 3 R.C.S. 103; *R. c. Brooks* (1988), 41 C.C.C. (3d) 157; *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867; *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *R. c. Sansregret*, [1985] 1 R.C.S. 570; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76; *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313; *Salamon c. The Queen*, [1959] R.C.S. 404; *McErlean c. Sarel* (1987), 61 O.R. (2d) 396; *Dellwo c. Pearson*, 107 N.W.2d 859 (1961); *Vaughan c. Menlove* (1837), 3 Bing. (N.C.) 468, 132 E.R. 490; *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392; *R. c. Rogers*, [1968] 4 C.C.C. 278; *R. c. Sullivan* (1986), 31 C.C.C. (3d) 62; *R. c. Crick* (1859), 1 F. & F. 519, 175 E.R. 835.

Citée par le juge La Forest

Arrêt examiné: *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; **arrêts mentionnés:** *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76; *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122; *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867.

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts examinés: *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *R. c. L. (S.R.)* (1992), 11 O.R. (3d) 271; **arrêts non suivis:** *R. c. Church* (1965), 49 Cr. App. R. 206; *R. c. Tennant* (1975), 23 C.C.C. (2d) 80; **arrêts mentionnés:** *R. c. Larkin* (1942), 29 Cr. App. R. 18; *Director of Public Prosecutions c. Newbury* (1976), 2 Cr. App. R. 291; *R. c. Lelievre*, [1962] O.R. 522; *R. c. Adkins* (1987), 39 C.C.C. (3d) 346; *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392; *R. c. Waite*, [1989] 1 R.C.S. 1436; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76; *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 222(5)(a), (b),
 234, 236, 249(3), (4), 255(2), (3), 269, 686(1)(b)(iii). *a*
Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, ss. 2, 4.

Authors Cited

Binchy, William. "The Adult Activities Doctrine in Negligence Law" (1985), 11 *Wm. Mitchell L. Rev.* 733.
 Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, Book IV. Oxford: Clarendon Press, 1769. *c*
 Briggs, Adrian. "In Defence of Manslaughter", [1983] *Crim. L.R.* 764.
 Burbidge, G. W. *Digest of the Criminal Law of Canada*. Toronto: Carswell, 1980. *d*
 Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Thomson, 1991.
 Fletcher, George P. "The Individualization of Excusing Conditions" (1974), 47 *S. Cal. L. Rev.* 1269.
 Fruchtmann, Earl. "Recklessness and the Limits of Mens Rea: Beyond Orthodox Subjectivism" (1986-1987), 29 *Crim. L.Q.* 421. *e*
 Hart, H. L. A. "Negligence, *Mens Rea* and Criminal Responsibility". In *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1968. *f*
 Heuston, R. F. V., and R. A. Buckley. *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 20th ed. London: Sweet & Maxwell, 1992.
 Holmes, Oliver Wendell. *The Common Law*. Boston: Little, Brown, 1881. *g*
 LaFave, Wayne R., and Austin W. Scott. *Substantive Criminal Law*, vol. 2. St. Paul, Minn: West Publishing, 1986.
 Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1988. *h*
 Martin, G. A. "Case Comment on *R. v. Larkin*" (1943), 21 *Can. Bar Rev.* 503.
 Pickard, Toni. "Culpable Mistakes and Rape: Relating *Mens Rea* to the Crime" (1980), 30 *U.T.L.J.* 75. *i*
 Rauf, M. Naeem. "The Reasonable Man Test in the Defence of Provocation: What are the Reasonable Man's Attributes and Should the Test be Abolished?" (1987), 30 *Crim. L.Q.* 73.
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1987. *j*

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 222(5)a),
 b), 234, 236, 249(3), (4), 255(2), (3), 269,
 686(1)b)(iii).
Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 2, 4.

b Doctrine citée

Binchy, William. «The Adult Activities Doctrine in Negligence Law» (1985), 11 *Wm. Mitchell L. Rev.* 733.
 Blackstone, sir William. *Commentaires sur les lois anglaises*, Livre IV. Traduit de l'anglais par N. M. Chompré. Paris: Bossange, 1823. *c*
 Briggs, Adrian. «In Defence of Manslaughter», [1983] *Crim. L.R.* 764.
 Burbidge, G. W. *Digest of the Criminal Law of Canada*. Toronto: Carswell, 1980. *d*
 Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Thomson, 1991.
 Fletcher, George P. «The Individualization of Excusing Conditions» (1974), 47 *S. Cal. L. Rev.* 1269.
 Fruchtmann, Earl. «Recklessness and the Limits of Mens Rea: Beyond Orthodox Subjectivism» (1986-1987), 29 *Crim. L.Q.* 421. *e*
 Hart, H. L. A. «Negligence, *Mens Rea* and Criminal Responsibility». In *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1968. *f*
 Heuston, R. F. V., and R. A. Buckley. *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 20th ed. London: Sweet & Maxwell, 1992.
 Holmes, Oliver Wendell. *The Common Law*. Boston: Little, Brown, 1881. *g*
 LaFave, Wayne R., and Austin W. Scott. *Substantive Criminal Law*, vol. 2. St. Paul, Minn: West Publishing, 1986.
 Linden, Allen M. *La responsabilité civile délictuelle*, 4^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1988. *h*
 Martin, G. A. «Case Comment on *R. v. Larkin*» (1943), 21 *R. du B. can.* 503.
 Pickard, Toni. «Culpable Mistakes and Rape: Relating *Mens Rea* to the Crime» (1980), 30 *U.T.L.J.* 75. *i*
 Rauf, M. Naeem. «The Reasonable Man Test in the Defence of Provocation: What are the Reasonable Man's Attributes and Should the Test be Abolished?» (1987), 30 *Crim. L.Q.* 73.
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1987. *j*

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1991), 66 C.C.C. (3d) 317, 50 O.A.C. 395, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of manslaughter. Appeal dismissed.

James C. Fleming and Timothy E. Breen, for the appellant.

Jocelyn Van Overbeek, for the respondent.

Marian V. Fortune-Stone, for the intervener the Attorney General of Canada.

François Huot and Mario Tremblay, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Graeme G. Mitchell, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

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

LAMER C.J.—This case concerns the constitutionality of s. 222(5)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and specifically, whether s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* mandates a subjective *mens rea* for the crime of manslaughter.

I. Facts

The events giving rise to this appeal took place over an 18-hour period beginning on the evening of October 26, 1989. A group including the appellant, Marc Creighton, and the deceased, Ms. Martin, consumed a large quantity of alcohol and cocaine that night. In the afternoon of the following day, the appellant, a companion (Frank Cadeddu) and the deceased planned to share a quantity of cocaine at the deceased's apartment. The evidence indicates that all of the parties involved were experienced cocaine users.

The appellant obtained an "eight-ball" (3.5 gr.) of cocaine. He did not seek to determine the qual-

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 66 C.C.C. (3d) 317, 50 O.A.C. 395, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre le verdict de culpabilité rendu contre lui relativement à une accusation d'homicide involontaire coupable. Pourvoi rejeté.

James C. Fleming et Timothy E. Breen, pour l'appellant.

Jocelyn Van Overbeek, pour l'intimée.

Marian V. Fortune-Stone, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

François Huot et Mario Tremblay, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Graeme G. Mitchell, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

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

LE JUGE EN CHEF LAMER—Est mise en cause en l'espèce la constitutionnalité de l'al. 222(5)a du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Plus particulièrement, il s'agit de déterminer si l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* exige pour le crime d'homicide involontaire coupable une *mens rea* subjective.

I. Les faits

Les événements à l'origine du présent pourvoi se sont produits sur une période de 18 heures commençant le 26 octobre 1989 en soirée. Un groupe, dont faisaient partie l'appellant, Marc Creighton, et la victime, M^{me} Martin, ont consommé au cours de la nuit en question une grande quantité d'alcool et de cocaïne. Le lendemain après-midi, l'appellant, un compagnon (Frank Cadeddu) et la victime se proposaient de partager à l'appartement de cette dernière une certaine quantité de cocaïne. D'après la preuve, toutes ces personnes avaient de l'expérience dans l'usage de la cocaïne.

L'appellant s'est procuré 3,5 grammes de cocaïne, sans se donner la peine d'en déterminer la

ity or potency of the cocaine before injecting the drug intravenously into himself and Frank Cadeddu. With the consent of the deceased, the appellant then injected a quantity of cocaine into the deceased's right forearm. She immediately began to convulse violently and appeared to cease breathing. Subsequent expert testimony confirmed that, as a result of the injection, she had experienced a cardiac arrest, and later asphyxiated on the contents of her stomach.

Both the appellant and Mr. Cadeddu attempted unsuccessfully to resuscitate Ms. Martin. Mr. Cadeddu indicated he wanted to call for emergency assistance but the appellant, by verbal intimidation, convinced Mr. Cadeddu not to call 911. The appellant placed the deceased, who was still convulsing, on her bed. The appellant then proceeded to clean the apartment of any possible fingerprints. The two men then left the apartment. Mr. Cadeddu returned unaccompanied to the deceased's apartment six or seven hours later and called for emergency assistance. Ms. Martin was thereupon pronounced dead. The appellant related a substantially different version of the events in question, but this testimony was disbelieved by the trial judge.

The appellant was charged with manslaughter. Defence counsel conceded at trial that the injection into the deceased's body constituted "trafficking" within the meaning of s. 4(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1. The Crown argued that the appellant was guilty of manslaughter as Ms. Martin's death was the direct consequence of an unlawful act, contrary to s. 222(5)(a) of the *Criminal Code*.

The appellant was convicted of manslaughter on May 18, 1990, and sentenced to four years' imprisonment. The appellant appealed to the Ontario Court of Appeal, which affirmed the conviction.

qualité ou la puissance avant de se l'injecter par piqûre intraveineuse et de l'injecter de la même façon à Frank Cadeddu. Avec le consentement de la victime, l'appelant lui a alors injecté dans l'avant-bras droit une certaine quantité de cocaïne. Elle a immédiatement été prise de violentes convulsions et a paru cesser de respirer. Un témoignage d'expert est venu confirmer par la suite que la victime avait subi un arrêt cardiaque provoqué par l'injection et a été asphyxiée par le contenu de son estomac.

Les tentatives de l'appelant et de M. Cadeddu de ranimer M^{me} Martin se sont révélées vaines. Monsieur Cadeddu a donc exprimé l'intention de demander des secours d'urgence, mais l'appelant, recourant à l'intimidation verbale, l'a convaincu de ne pas composer le 911. L'appelant a placé la victime, qui avait toujours des convulsions, sur son lit, puis s'est affairé à effacer les empreintes digitales pouvant se trouver dans l'appartement. Les deux hommes ont alors quitté les lieux. Monsieur Cadeddu y est retourné seul six ou sept heures plus tard et a appelé les secours d'urgence. Arrivés sur les lieux, les secouristes ont constaté la mort de M^{me} Martin. L'appelant pour sa part a relaté une version nettement différente des événements en question, mais le juge du procès n'a pas ajouté foi à son témoignage.

Une accusation d'homicide involontaire coupable a été portée contre l'appelant. L'avocat de la défense a reconnu au procès que l'injection dans le corps de la victime consistait à «faire le trafic» au sens du par. 4(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1. Quant au ministère public, il a fait valoir que l'appelant s'était rendu coupable d'homicide involontaire coupable puisque la mort de M^{me} Martin résultait directement d'un acte illégal, ce qui constituait une infraction à l'al. 222(5)a) du *Code criminel*.

Déclaré coupable d'homicide involontaire coupable le 18 mai 1990, l'appelant a été condamné à quatre ans d'emprisonnement. Il a interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario, qui a confirmé le verdict de culpabilité.

II. Relevant Statutory and Constitutional Provisions

Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1

2. In this Act,

“traffic” means

(a) to manufacture, sell, give, administer, transport, send, deliver or distribute, or

(b) to offer to do anything referred to in paragraph (a)

otherwise than under the authority of this Act or the regulations.

4. (1) No person shall traffic in a narcotic or any substance represented or held out by the person to be a narcotic.

(2) No person shall have in his possession any narcotic for the purpose of trafficking.

(3) Every person who contravenes subsection (1) or (2) is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for life.

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

222. . . .

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

(a) by means of an unlawful act;

(b) by means of criminal negligence;

234. Culpable homicide that is not murder or infanticide is manslaughter.

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

II. Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1

a

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

b «faire le trafic» Le fait de fabriquer, vendre, donner, administrer, transporter, expédier, livrer ou distribuer un stupéfiant—ou encore de proposer l'une de ces opérations—en dehors du cadre prévu par la présente loi et ses règlements.

c

c

d

e 4. (1) Le trafic de stupéfiant est interdit, y compris dans le cas de toute substance que le trafiquant prétend ou estime être tel.

(2) La possession de stupéfiant en vue d'en faire le trafic est interdite.

f (3) Quiconque enfreint le paragraphe (1) ou (2) commet un acte criminel et encourt l'emprisonnement à perpétuité.

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

g

222. . . .

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

h

a) soit au moyen d'un acte illégal;

b) soit par négligence criminelle;

i

234. L'homicide coupable qui n'est pas un meurtre ni un infanticide constitue un homicide involontaire coupable.

236. Quiconque commet un homicide involontaire coupable est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité.

III. Decisions Below

District Court

Locke Dist. Ct. J. relied on Mr. Caddedu's version of the events surrounding the death of Ms. Martin, despite acknowledging the inherent risk in accepting the testimony of a "confessed drug addict". Locke Dist. Ct. J. characterized the burden of the Crown in order to convict an accused of the offence of unlawful act manslaughter under s. 222(5)(a) of the *Code* as the following:

The Crown must prove beyond a reasonable doubt, before manslaughter is proven, that the accused, (1) committed an unlawful act, (2) that the act must be unlawful for a reason other than the negligent manner of its performance, and (3) that the act must be likely to cause harm of more than a trifling nature.

Locke Dist. Ct. J. held that the first two branches of the offence had been established by the Crown; the unlawful act in question was trafficking in a narcotic as set out in s. 4(1) of the *Narcotic Control Act*, and the cause of death was unrelated to any negligence in performing the unlawful act. With respect to the third branch, he stated: "in my respectful view, the 'dangerousness' must be assessed on an objective standard", citing *R. v. Larkin* (1942), 29 Cr. App. R. 18 (C.C.A.); *R. v. Church* (1965), 49 Cr. App. R. 206 (C.C.A.); *Director of Public Prosecutions v. Newbury* (1976), 2 Cr. App. R. 291 (H.L.); *R. v. Lelievre*, [1962] O.R. 522 (C.A.); *R. v. Tennant* (1975), 23 C.C.C. (2d) 80 (Ont. C.A.); and *R. v. Adkins* (1987), 39 C.C.C. (3d) 346 (B.C.C.A.), in support of this position. Applying this standard, the trial judge noted the inherent danger of prohibited narcotics such as cocaine and convicted the appellant of unlawful act manslaughter.

Locke Dist. Ct. J. also went on to find the accused guilty of manslaughter by criminal negligence under s. 222(5)(b) of the *Code*. In this regard, he observed that the Supreme Court in *R. v.*

III. Les décisions des juridictions inférieures

La Cour de district

Quoique reconnaissant le risque inhérent à accepter le témoignage d'un [TRADUCTION] «toxicomane avoué», le juge Locke de la Cour de district a retenu la version donnée par M. Caddedu des événements entourant la mort de M^{me} Martin. La charge de la preuve dont doit s'acquitter le ministère public pour qu'un accusé soit déclaré coupable d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, en vertu de l'al. 222(5)a) du *Code*, a été ainsi formulée par le juge Locke:

[TRADUCTION] Pour établir l'homicide involontaire coupable, le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable: (1) que l'accusé a commis un acte illégal, (2) que l'illégalité de cet acte tient à autre chose que la négligence dans l'accomplissement de celui-ci, et (3) que l'acte causera vraisemblablement un préjudice qui n'est pas insignifiant.

Le juge Locke a conclu que le ministère public avait satisfait aux deux premières exigences. En effet, il y a eu un acte illégal, à savoir le trafic d'un stupéfiant, visé au par. 4(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, et la mort ne résultait pas d'une négligence dans l'accomplissement de l'acte illégal. En ce qui concerne la troisième exigence, le juge Locke a dit: [TRADUCTION] «j'estime en toute déférence que la «dangerosité» est à apprécier selon une norme objective». Il a cité à l'appui de ce point de vue la jurisprudence suivante: *R. c. Larkin* (1942), 29 Cr. App. R. 18 (C.C.A.); *R. c. Church* (1965), 49 Cr. App. R. 206 (C.C.A.); *Director of Public Prosecutions c. Newbury* (1976), 2 Cr. App. R. 291 (H.L.); *R. c. Lelievre*, [1962] O.R. 522 (C.A.); *R. c. Tennant* (1975), 23 C.C.C. (2d) 80 (C.A. Ont.), et *R. c. Adkins* (1987), 39 C.C.C. (3d) 346, (C.A.C.-B.). Appliquant cette norme, le juge du procès a fait remarquer le danger inhérent aux stupéfiants pros crits, tels que la cocaïne, et a reconnu l'appelant coupable d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal.

Le juge Locke a en outre déclaré l'accusé coupable d'homicide involontaire coupable résultant de la négligence criminelle, infraction prévue à l'al. 222(5)b) du *Code*. Il a constaté à ce propos

Tutton, [1989] 1 S.C.R. 1392, and *R. v. Waite*, [1989] 1 S.C.R. 1436, had evenly divided on whether the *mens rea* for criminal negligence is to be determined by an objective or subjective test. Locke Dist. Ct. J. chose to apply the objective test. In convicting the appellant, he concluded that the appellant knew he was injecting into the deceased a “very dangerous, volatile, lawfully prohibited narcotic, capable of causing death or serious bodily harm”.

The appellant was, in the result, found guilty of manslaughter and sentenced to four years’ imprisonment.

Court of Appeal (1991), 66 C.C.C. (3d) 317

Finlayson J.A. (Blair and Krever J.J.A. concurring) found that the only issue relating to the appellant’s appeal from his conviction which needed to be addressed was “whether the offence of unlawful act manslaughter, as interpreted by *R. v. Church* [*supra*], and *R. v. Tennant* [*supra*], is incompatible with s. 7 of the [*Charter*] as being contrary to the principles of fundamental justice” (p. 318). Finlayson J.A. concluded that this case did not constitute an appropriate vehicle by which to determine the constitutionality of unlawful act manslaughter. This conclusion was based on the trial judge’s finding that the appellant was guilty under both s. 222(5)(a) and (b), and that the appellant’s foreseeability of harm met a standard well above that required by the caselaw. In other words, based on the trial judge’s findings, the appellant would be convicted under either the objective or the subjective test for the *mens rea* component of manslaughter.

Consequently, Finlayson J.A. held it was unnecessary to decide the validity of the unlawful act manslaughter provision under s. 7 of the *Charter*, though he noted that the standard the trial judge imposed on himself with regard to criminal negli-

que, dans les arrêts *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392 et *R. c. Waite*, [1989] 1 R.C.S. 1436, la moitié des juges de la Cour suprême qui se sont prononcés ont retenu un critère objectif pour établir la *mens rea* en matière de négligence criminelle, tandis que l’autre moitié a préféré un critère subjectif. Le juge Locke a décidé d’appliquer le critère objectif. Concluant que l’appelant savait qu’il injectait à la victime un [TRADUCTION] «stupéfiant très dangereux, instable, illégal et susceptible de causer la mort ou des lésions corporelles graves», le juge Locke a rendu un verdict de culpabilité.

L’appelant a donc été reconnu coupable d’homicide involontaire coupable et condamné à quatre ans de prison.

La Cour d’appel (1991), 66 C.C.C. (3d) 317

Le juge Finlayson (avec l’appui des juges Blair et Krever) a conclu que la seule question touchant l’appel interjeté contre la déclaration de culpabilité qui devait être abordée était [TRADUCTION] «celle de savoir si l’infraction d’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal, selon l’interprétation donnée dans les décisions *R. c. Church* et *R. c. Tennant*, [précitées], est incompatible avec l’art. 7 de la [*Charte*] du fait qu’elle va à l’encontre des principes de justice fondamentale» (p. 318). Il a conclu qu’il ne convenait pas dans le cadre de la présente instance de statuer sur la constitutionnalité de l’infraction d’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal. Cette conclusion reposait sur celle du juge du procès selon laquelle l’appelant était coupable en vertu à la fois de l’al. 222(5)(a) et de l’al. 222(5)(b), et selon laquelle la prévisibilité du préjudice dans le cas de l’appelant dépassait largement l’exigence posée par la jurisprudence. En d’autres termes, vu les conclusions du juge du procès, l’appelant serait reconnu coupable, que le critère retenu pour déterminer l’existence de l’élément moral de l’homicide involontaire coupable, soit objectif ou subjectif.

Par conséquent, le juge Finlayson a estimé qu’il n’était pas nécessaire de se prononcer sur la conformité avec l’art. 7 de la *Charte* de la disposition relative à l’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal. Il a toutefois indiqué que la

gence “certainly passes scrutiny” (p. 319). The Court of Appeal, thus, dismissed the appeal from conviction, and additionally, declined to interfere with the sentence imposed at trial.

IV. Issues

I stated the following constitutional question by an order dated February 11, 1992:

Does the common law definition of unlawful act manslaughter contravene s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

V. Analysis

A. *Constitutionality of s. 222(5)(a) of the Criminal Code*

Since the decision of this Court in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 496, courts have been “empowered, indeed required, to measure the content of legislation” against the principles of fundamental justice contained in s. 7 of the *Charter*, and specifically, to ensure that the morally innocent not be punished. In *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, I emphasized that the guiding principle underlying the constitutional analysis of fault in criminal law is that the state cannot punish a person as morally blameworthy unless such blameworthiness has been established. For example, as I stated in *Vaillancourt*, at p. 653, if the purpose of a crime is to punish a person for theft, the elements of that crime must include proof beyond a reasonable doubt of dishonesty.

In *Vaillancourt*, I emphasized that the hallmark of murder is that there must be some special mental element with respect to death which gives rise to the moral blameworthiness which justifies the stigma and sentence attached to a murder conviction. As I said, at p. 654:

... murder is distinguished from manslaughter only by the mental element with respect to the death. It is thus clear that there must be some special mental element

norme que s’est imposée le juge du procès relativement à la négligence criminelle [TRADUCTION] «résiste certainement à l’examen» (p. 319). La Cour d’appel a en conséquence rejeté l’appel interjeté contre la déclaration de culpabilité et s’est en outre refusée à modifier la peine fixée au procès.

IV. La question en litige

Dans une ordonnance du 11 février 1992, j’ai formulé la question constitutionnelle suivante:

La définition en common law de l’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal enfreint-elle l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

V. Analyse

A. *La constitutionnalité de l’al. 222(5)a) du Code criminel*

Depuis que notre Cour a statué dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 496, les tribunaux ont «le pouvoir et même le devoir d’apprécier le contenu de la loi» en fonction des principes de justice fondamentale évoqués à l’art. 7 de la *Charte* et, en particulier, de voir à ce que les personnes moralement innocentes n’encourent aucune sanction. Dans l’arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, j’ai souligné que le principe directeur sous-jacent à l’analyse constitutionnelle de la faute en droit criminel veut que l’État ne puisse punir une personne comme étant moralement coupable que si cette culpabilité morale a été établie. Par exemple, j’ai dit dans l’arrêt *Vaillancourt*, à la p. 653, que si, dans le cas du vol, la création de l’infraction vise la punition d’une personne pour vol, l’un des éléments de ce crime doit être la preuve hors de tout doute raisonnable de la malhonnêteté.

Dans l’arrêt *Vaillancourt*, j’ai souligné que le meurtre se caractérise par la nécessité de quelque élément moral spécial concernant la mort, lequel élément engendre la réprobation morale qui justifie les stigmates et la peine liés à une déclaration de culpabilité de cette infraction. J’ai dit, à la p. 654:

... le meurtre ne se distingue de l’homicide involontaire coupable que par l’élément moral concernant la mort. Il est ainsi évident qu’il doit exister quelque élément

with respect to the death before a culpable homicide can be treated as a murder. That special mental element gives rise to the moral blameworthiness which justifies the stigma and sentence attached to a murder conviction. I am presently of the view that it is a principle of fundamental justice that a conviction for murder cannot rest on anything less than proof beyond a reasonable doubt of subjective foresight. [Emphasis added.]

In *Tutton*, at pp. 1434-35, I expressly left open the question of what the principles of fundamental justice require as regards the fault requirement for manslaughter.

It is now well established that there is a group of offences, albeit a small group, that requires a subjectively determined culpable mental state in relation to the prohibited result. As I said in *Vaillancourt*, *supra*, at p. 653:

But, whatever the minimum *mens rea* for the act or the result may be, there are, though very few in number, certain crimes where, because of the special nature of the stigma attached to a conviction therefor or the available penalties, the principles of fundamental justice require a *mens rea* reflecting the particular nature of that crime.

Subsequent decisions of this Court, notably *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867, and *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944, make it clear that there is no general constitutional principle requiring subjective foresight for criminal offences. In other words, an objective fault requirement is constitutionally sufficient for a broad range of offences other than those falling within the relatively small group of offences alluded to in *Vaillancourt*.

The only basis upon which subjective foresight of death or the risk of death could be found to be constitutionally required in the case of unlawful

moral spécial concernant la mort pour qu'un homicide coupable puisse être considéré comme un meurtre. Cet élément moral spécial engendre la réprobation morale qui justifie les stigmates et la sentence liés à une déclaration de culpabilité de meurtre. Je suis présentement d'avis qu'en vertu d'un principe de justice fondamentale la déclaration de culpabilité de meurtre ne saurait reposer sur quelque chose de moins que la preuve hors de tout doute raisonnable de la prévision subjective. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Tutton*, aux pp. 1434 et 1435, j'ai expressément omis de me prononcer sur la question de ce que requièrent les principes de justice fondamentale en ce qui concerne l'exigence en matière de faute en cas d'homicide involontaire coupable.

Il est maintenant bien établi que certaines catégories d'infractions, peu nombreuses certes, nécessitent à l'égard du résultat pros crit l'existence d'un état mental coupable, à déterminer selon un critère subjectif. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Vaillancourt*, précité, à la p. 653:

Cependant, quelle que soit la *mens rea* minimale requise pour l'acte ou le résultat, il existe, quoiqu'ils soient très peu nombreux, des crimes pour lesquels, en raison de la nature spéciale des stigmates qui se rattachent à une déclaration de culpabilité de ceux-ci ou des peines qui peuvent être imposées le cas échéant, les principes de justice fondamentale commandent une *mens rea* qui reflète la nature particulière du crime en question.

Il ressort nettement de certains arrêts subséquents de notre Cour et notamment de l'arrêt *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867, et de l'arrêt *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944, qu'aucun principe constitutionnel général n'exige dans le cas des infractions criminelles une prévision subjective. En d'autres termes, du point de vue constitutionnel, une exigence objective en matière de faute suffit pour une large gamme d'infractions autres que celles comprises dans le groupe relativement restreint d'infractions mentionné dans l'arrêt *Vaillancourt*.

Par conséquent, dans le cas de l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, on ne pourrait conclure à une exigence constitutionnelle

act manslaughter, therefore, would be to find that the offence is one of those crimes for which "because of the special nature of the stigma attached to a conviction therefor or the available penalties, the principles of fundamental justice require a *mens rea* reflecting the particular nature of that crime": see *R. v. Vaillancourt*, per Lamer J., at p. 653.

There are two main branches to the analysis of social stigma. First the court must look to the conduct being punished to determine if it is of sufficient gravity to import significant moral opprobrium on the individual found guilty of engaging in such conduct. In the case of manslaughter under s. 222(5)(a), the conduct in question consists of killing someone as a consequence of committing an unlawful act. In this respect, there may well be no difference between the *actus reus* of manslaughter and that of murder; arguably both give rise to the stigma of being labelled by the state and the community as responsible for the wrongful death of another. Clearly, there can be no conduct in our society more grave than taking the life of another without justification.

The second branch of the stigma test concerns the moral blameworthiness not of the offence, but of the offender found guilty of committing it. As a general proposition, more stigma will attach to those who knowingly engage in wrongful conduct than to those who recklessly or inadvertently engage in the same conduct. As I stated in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, at pp. 645-46:

The rationale underlying the principle that subjective foresight of death is required before a person is labelled and punished as a murderer is linked to the more general principle that criminal liability for a particular result is not justified except where the actor possesses a culpable mental state in respect of that result. . . . The essential

d'une prévision subjective de la mort ou du risque de mort qu'à condition de conclure également que l'infraction est du nombre des crimes pour lesquels, «en raison de la nature spéciale des stigmates qui se rattachent à une déclaration de culpabilité de ceux-ci ou des peines qui peuvent être imposées le cas échéant, les principes de justice fondamentale commandent une *mens rea* qui reflète la nature particulière du crime en question»: voir *R. c. Vaillancourt*, le juge Lamer, à la p. 653.

L'analyse des stigmates sociaux comporte deux volets principaux. La cour doit d'abord examiner la conduite sanctionnée afin de déterminer si elle est suffisamment grave pour attirer une grande réprobation morale sur la personne qui en est reconnue coupable. Dans le cas de l'homicide involontaire coupable visé à l'al. 222(5)a), la conduite en question consiste à tuer quelqu'un par suite de la perpétration d'un acte illégal. Il se peut bien qu'à cet égard il n'y ait aucune différence entre l'*actus reus* de l'homicide involontaire coupable et celui du meurtre. On peut prétendre en effet que l'un et l'autre donnent lieu aux stigmates qui découlent du fait de se voir caractériser, par l'État et par la collectivité, comme étant responsable de la mort illicite d'une autre personne. Évidemment, il n'existe pas, dans notre société, de conduite plus grave que celle consistant à ôter la vie à autrui sans justification.

Dans son second volet, le critère relatif aux stigmates concerne le caractère moralement blâmable rattaché non pas à l'infraction mais bien à la personne reconnue coupable de l'avoir commise. D'une manière générale, les stigmates seront plus grands pour les personnes qui se livrent sciemment à une conduite illicite qu'ils ne le sont dans le cas de celles qui le font par insouciance ou inconsciemment. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, aux pp. 645 et 646:

La raison d'être sous-jacente du principe qu'il doit y avoir prévision subjective de la mort pour que quelqu'un soit qualifié de meurtrier et puni comme tel, est liée au principe plus général que la responsabilité criminelle à l'égard d'un résultat particulier n'est justifiée que lorsque son auteur a un état d'esprit coupable relative-

role of requiring subjective foresight of death in the context of murder is to maintain a proportionality between the stigma and punishment attached to a murder conviction and the moral blameworthiness of the offender.

In my view, the stigma which attaches to a conviction for unlawful act manslaughter is significant, but does not approach the opprobrium reserved in our society for those who knowingly or intentionally take the life of another. It is for this reason that manslaughter developed as a separate offence from murder at common law.

What then is the constitutionally required fault element with respect to unlawful act manslaughter? In this regard, the recent decision of this Court in *DeSousa* is instructive. At issue in that case was the constitutional sufficiency of the offence of unlawfully causing bodily harm (s. 269 of the *Code*). The unanimous Court (Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.), speaking through Sopinka J., found that a fault requirement based on objective foreseeability of the risk of bodily harm, coupled with the fault requirement of the predicate unlawful act (which itself must be constitutionally sufficient), satisfies the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. Sopinka J. for the Court said, at p. 962:

The mental element of s. 269 [*viz.* unlawfully causing bodily harm] has two separate aspects. The first aspect of the mental element is the requirement that an underlying offence with a constitutionally sufficient mental element has been committed. Additionally, s. 269 requires that the prosecution prove that the bodily harm caused by the underlying unlawful act was objectively foreseeable. This latter requirement insures that all prosecutions under s. 269 contain at least a fault requirement based on an objective standard. As this Court has not indicated that fundamental justice requires fault based on a subjective standard for all offences, the mental element required by s. 269 passes constitutional muster

ment à ce résultat [. . .] L'exigence d'une prévision subjective de la mort dans le contexte d'un meurtre a essentiellement pour rôle de maintenir une proportionnalité entre les stigmates et la peine rattachés à une déclaration de culpabilité de meurtre et la culpabilité morale du délinquant.

À mon avis, les stigmates rattachés à la déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, quoique considérables, se situent bien en deçà de l'opprobre que s'attirent dans notre société les gens qui sciemment ou intentionnellement ôtent la vie à une autre personne. C'est pour cette raison d'ailleurs que l'homicide involontaire coupable a évolué en common law comme infraction distincte du meurtre.

Quel est donc l'élément de faute exigé du point de vue constitutionnel dans le cas de l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal? L'arrêt récent rendu par notre Cour dans l'affaire *DeSousa* est instructif à cet égard. La question en litige dans cette affaire concernait le caractère suffisant sur le plan constitutionnel de l'infraction d'infliction illégale de lésions corporelles (art. 269 du *Code*). La Cour (les juges Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci), se prononçant à l'unanimité par l'intermédiaire du juge Sopinka, a conclu qu'une exigence en matière de faute fondée sur la prévisibilité objective du risque de lésions corporelles, si l'on y ajoute l'exigence en matière de faute à l'égard de l'acte illégal en question (qui doit lui-même satisfaire au critère du caractère suffisant sur le plan constitutionnel), est conforme aux principes de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte*. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Sopinka a dit, à la p. 962:

L'élément moral exigé par l'art. 269 [*ç.-à-d.* l'infliction illégale de lésions corporelles] présente deux aspects distincts. Le premier est l'exigence qu'une infraction sous-jacente comportant un élément moral suffisant du point de vue constitutionnel ait été commise. Par surcroît, l'art. 269 exige que le poursuivant prouve que les lésions corporelles causées par l'acte illégal sous-jacent étaient objectivement prévisibles. Cette dernière exigence fait en sorte que toutes les poursuites en vertu de l'art. 269 contiennent au moins une exigence en matière de faute fondée sur une norme objective. Puisque notre Cour n'a pas indiqué que la justice fondamentale exige une faute fondée sur une norme

unless s. 269 is one of those few offences which due to its stigma and penalty require fault based on a subjective standard. I agree with the respondent and interveners that s. 269 has neither the stigma nor criminal sanction to require a more demanding mental element than it already has. The criminal sanction is flexible and thus can be tailored to suit the circumstances of the case. The stigma associated with conviction will generally reflect the degree of opprobrium which the underlying offence attracts. The stigma attached to the underlying offence will in turn influence the minimum mental requirement for that offence. [First emphasis added; second emphasis in original.]

With these comments I respectfully agree.

Moreover, in the recent case *R. v. L. (S.R.)* (1992), 11 O.R. (3d) 271, at pp. 281-83, the Ontario Court of Appeal found, in the context of an examination of the offence of aggravated assault (which provides that everyone commits an aggravated assault who wounds, maims, disfigures or endangers the life of the complainant), that objective foreseeability of wounding, maiming, disfiguring or endangering the life of the complainant was a sufficient fault requirement to satisfy s. 7 of the *Charter*.

In *DeSousa*, while Sopinka J. found the offence of unlawfully causing bodily harm to require proof of objective foresight of the risk of bodily harm, he observed that there is no constitutional requirement that, in every case, it is necessary to prove a mental element extending to the consequences of unlawful conduct. With these comments I agree, for the reasons I shall now elaborate. I am of the view that while there is a general constitutional requirement that a mental element must relate to the consequences of an underlying act where an offence is structured in that fashion, the existence of that mental element may be established in one of two ways. First, for offences where a consequence forms the essence of an offence, such that it can be said that the pith and substance of the offence

subjective dans le cas de toutes les infractions, l'élément moral requis par l'art. 269 satisfait au critère constitutionnel, sauf si cette disposition fait partie de ces rares infractions qui, en raison des stigmates qui s'y rattachent et de la peine dont elles sont assorties, exigent une faut fondée sur une norme subjective. Je partage l'avis de l'intimée et des intervenants selon qui l'art. 269 ne comporte ni les stigmates ni la sanction pénale qui commanderaient un élément moral plus strict que celui qu'il exige déjà. La sanction pénale est souple et peut donc être adaptée aux circonstances de l'espèce. Les stigmates rattachés à la déclaration de culpabilité traduiront généralement le degré de réprobation morale qui est associée à l'infraction sous-jacente. Les stigmates rattachés à l'infraction sous-jacente influenceront en retour sur l'élément moral minimal exigé pour cette infraction. [Je souligne la première fois; deuxième soulignement dans l'original.]

Je souscris en toute déférence à ces observations.

En outre, dans l'arrêt récent *R. c. L. (S.R.)* (1992), 11 O.R. (3d) 271, aux pp. 281 à 283, la Cour d'appel de l'Ontario, se penchant sur l'infraction de voies de fait graves (commet des voies de fait graves quiconque blesse, mutile ou défigure le plaignant ou met sa vie en danger), a conclu que la prévisibilité objective de ces conséquences suffisait comme exigence en matière de faute pour qu'il y ait conformité avec l'art. 7 de la *Charte*.

Dans l'arrêt *DeSousa*, bien qu'affirmant que l'infraction d'infliction illégale de lésions corporelles nécessite une preuve de la prévision objective du risque de lésions, le juge Sopinka a fait remarquer que la Constitution n'impose pas l'obligation de prouver dans chaque cas l'existence d'un élément moral s'étendant aux conséquences d'une conduite illégale. Pour les raisons que je vais maintenant exposer, je souscris à ces observations. J'estime en effet que si la Constitution exige d'une manière générale que l'élément moral se rapporte aux conséquences de l'acte sous-jacent dans un cas où l'infraction est ainsi structurée, l'existence de cet élément moral peut s'établir de l'une de deux façons. Premièrement, lorsqu'une conséquence constitue l'essence d'une infraction, de sorte qu'on

includes a particular consequence, as is the case with death in the offence of unlawful act manslaughter and with bodily harm in the offence of unlawfully causing bodily harm, a fault element must be demonstrated beyond a reasonable doubt in relation to that consequence. Secondly, for offences where a consequence forms part of the *actus reus* of an offence, but where the essence of the offence is conduct which is inherently risky to life or limb, such offences are therefore presumed to involve objective foresight of the risk. In other words, proof of the accused having engaged in prohibited conduct which is such that any reasonable person would inevitably have foreseen the risk involved will serve as a substitute for objective foresight, relieving the prosecution from having to introduce additional evidence to prove the existence of such foresight. The possibility of satisfying a constitutional requirement by means of such a substituted element was discussed in *Vaillancourt, supra*, at p. 656, where I stated the following:

Finally, the legislature, rather than simply eliminating any need to prove the essential element, may substitute proof of a different element. In my view, this will be constitutionally valid only if upon proof beyond reasonable doubt of the substituted element it would be unreasonable for the trier of fact not to be satisfied beyond reasonable doubt of the existence of the essential element.

Examples of the class of offences where a substituted element for proof of foreseeability will satisfy s. 7 of the *Charter* are few, but would include offences such as impaired driving causing bodily harm (s. 255(2)), impaired driving causing death (s. 255(3)), dangerous operation causing bodily harm (s. 249(3)) and dangerous operation causing death (s. 249(4)). What these offences have in common is that the moral blameworthiness of the offence stems from the conduct of driving a car in a fashion which creates a high risk of injury. Whether such an injury leads to bodily harm or death will increase the seriousness of the punishment that will flow from a conviction, but the

puisse dire de celle-ci que, de par son caractère véritable, elle comprend une conséquence particulière, comme la mort dans le cas de l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal et les lésions corporelles dans celui de l'infliction illégale de lésions corporelles, il faut établir un élément de faute hors de tout doute raisonnable relativement à cette conséquence. Deuxièmement, lorsqu'une conséquence fait partie de l'*actus reus* d'une infraction, mais que l'essence de celle-ci est une conduite qui présente intrinsèquement un risque pour la vie ou un risque de blessure, l'infraction est présumée comporter la prévision objective de ce risque. En d'autres termes, une preuve que l'accusé s'est livré à une conduite proscrite dont toute personne raisonnable aurait inévitablement prévu le risque viendra se substituer à la prévision objective, dégageant ainsi la poursuite de l'obligation de produire des éléments de preuve supplémentaires afin d'établir l'existence de cette prévision. La possibilité de satisfaire à une exigence constitutionnelle au moyen d'un tel élément substitué a été traitée dans l'arrêt *Vaillancourt*, précité, à la p. 656, où j'ai dit:

Enfin, au lieu d'éliminer simplement la nécessité de faire la preuve d'un élément essentiel, le législateur peut remplacer cela par la preuve d'un élément différent. À mon sens, cela ne sera constitutionnel que si après que l'on a prouvé hors de tout doute raisonnable l'existence de l'élément ainsi substitué, il serait déraisonnable que le juge des faits ne soit pas convaincu hors de tout doute raisonnable de l'existence de l'élément essentiel.

La catégorie des infractions pour lesquelles un élément substitué à la preuve de la prévisibilité satisfera à l'art. 7 de la *Charte* compte peu d'exemples, mais figureraient parmi ceux-ci des infractions comme la conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles (par. 255(2)), la conduite avec facultés affaiblies causant la mort (par. 255(3)), la conduite dangereuse causant des lésions corporelles (par. 249(3)) et la conduite dangereuse causant la mort (par. 249(4)). Ces infractions ont ceci de commun que la réprobation morale qu'elles engendrent procède du fait de conduire une voiture d'une manière qui crée un risque considérable de blessures. La sévérité de la sanc-

result does not alter the essence of the moral blameworthiness being punished.

Thus, as I stated, unlawful act manslaughter falls into the class of offences where a mental element in relation to the consequence must be established, but in any event, I find the stigma attached to a conviction for culpable homicide, albeit culpable homicide which is not murder, to be significant enough to require, at a minimum, objective foresight of the risk of death in order for the offence to comply with s. 7 of the *Charter*.

Having concluded that s. 7 of the *Charter* requires nothing less than objective foreseeability of the risk of death, it remains to consider whether s. 222(5)(a) is open to an interpretation that would render it constitutional in this regard.

At the outset, it must be acknowledged that there is a considerable body of authority for the view that unlawful act manslaughter, as a matter of statutory interpretation, requires only objective foreseeability of the risk of harm. Many of these authorities are reviewed in the judgment of Sopinka J. for the Court in *DeSousa*. These authorities were there reviewed, however, in connection with the Court's discussion of the definition of the term "unlawful act" in unlawful act manslaughter rather than in the context of ruling on, as a matter of constitutional validity, what must be objectively foreseeable. The Court in *DeSousa*, of course, was not addressing and did not decide the question of the proper interpretation of the fault requirement under s. 222(5)(a).

There is, however, a persuasive argument to be made that, as a matter of statutory interpretation, unlawful act manslaughter requires objective fore-

tion qu'entraînera une déclaration de culpabilité sera plus ou moins grande selon que l'infraction se solde par des lésions corporelles ou par la mort, mais la conséquence ne change aucunement l'essence de la culpabilité morale donnant lieu à la sanction.

Donc, je le répète, l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal tombe dans la catégorie des infractions pour lesquelles doit être établi un élément moral relativement à la conséquence. Quoi qu'il en soit, j'estime que les stigmates rattachés à une déclaration de culpabilité d'homicide coupable, même s'il s'agit d'un homicide coupable qui ne constitue pas un meurtre, sont assez graves pour nécessiter, tout au moins, la prévision objective du risque de mort pour que l'infraction soit conforme à l'art. 7 de la *Charte*.

Ayant conclu que l'art. 7 de la *Charte* n'exige rien de moins que la prévisibilité objective du risque de mort, il reste à examiner si l'al. 222(5)(a) admet une interprétation qui lui conférerait un caractère de constitutionnalité à cet égard.

Reconnaissons de prime abord qu'une abondante jurisprudence appuie l'opinion selon laquelle, du point de vue de l'interprétation des lois, l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal ne nécessite que la prévisibilité objective du risque de préjudice. Bon nombre de ces décisions sont examinées dans les motifs rédigés par le juge Sopinka au nom de la Cour dans l'affaire *DeSousa*. Cet examen s'est fait toutefois dans le cadre de l'analyse par la Cour de la définition du terme «acte illégal» qui constitue un élément de l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, plutôt que dans le contexte de la prise d'une décision sur ce qui doit être objectivement prévisible comme condition de la constitutionnalité de cette infraction. Dans l'arrêt *DeSousa*, évidemment, la Cour n'a pas abordé ni n'a tranché la question de la bonne façon d'interpréter l'exigence en matière de faute en ce qui concerne l'al. 222(5)(a).

Cependant, on pourrait soutenir persuasivement que, du point de vue de l'interprétation des lois, l'homicide involontaire coupable résultant d'un

seeability of the risk of death. This argument has been set forth with commendable conciseness by the Ontario Court of Appeal in its decision in *R. v. L. (S.R.)*, *supra*. After a careful review of the decision of this Court in *DeSousa*, the Ontario Court of Appeal concluded, at p. 280:

In *DeSousa*, the court required objective foresight of the risk of the harm proscribed by s. 269, that is, the risk of bodily harm. If the parallel between the two sections [i.e. between ss. 269 and 268] is to be complete, s. 268 should require objective foresight of the risk of wounding, maiming, disfiguring or endangering the life of the complainant. This interpretation would not only maintain the parallel between s. 269 and s. 268, but would also provide a symmetry between the result component of the *actus reus* and the fault requirement. This balance is consistent with general criminal law principles of statutory interpretation which relate the fault inquiry to the elements of the *actus reus* provided in the statutory definition of the crime. An interpretation which directs the fault inquiry to the harmful result component of the *actus reus* would also make it easier to explain the essential elements of the offence to the jury. The jury would be told that they must determine whether one of the results enumerated in s. 268 was caused by the assault and whether a reasonable person would inevitably have realized that the assault would subject another to the risk of one of those enumerated results. Both inquiries are keyed to the words of s. 268.

While it is not necessary for me to endorse the reasoning of the Ontario Court of Appeal in *R. v. L. (S.R.)*, given that that case was concerned with the interpretation of the offence of aggravated assault, the logic of *DeSousa* and of *R. v. L. (S.R.)* makes it plain that s. 222(5)(a) of the *Code* is open to the interpretation that objective foreseeability of death is required by virtue of the section. I say this fully recognizing that many decisions, some of which are reviewed in *DeSousa*, have interpreted this section as requiring only objective foresight of the risk of some harm. However, in light of the constitutional imperative, the wording of the section, and the reasoning employed by this Court in *DeSousa* and the Ontario Court of Appeal in *R. v. L. (S.R.)*, I have no hesitation in concluding that

acte illégal requiert la prévisibilité objective du risque de mort. Voilà un argument qu'a avancé avec une concision louable la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. c. L. (S.R.)*, précité. Au terme d'une étude minutieuse de notre arrêt *DeSousa*, la Cour d'appel a conclu, à la p. 280:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *DeSousa*, la cour a posé l'exigence de la prévision objective du risque de lésions visées à l'art. 269, c'est-à-dire le risque de lésions corporelles. Pour que le parallèle entre les deux articles [c.-à-d. entre les art. 269 et 268] soit parfait, il faudrait que l'art. 268 exige la prévision objective du risque de blesser, de mutiler ou de défigurer le plaignant ou de mettre sa vie en danger. Non seulement cette interprétation maintiendrait-elle le parallèle entre les art. 269 et 268, mais elle assurerait aussi la symétrie de l'élément résultat de l'*actus reus* d'une part et de l'exigence en matière de faute d'autre part. Il s'agit là d'un équilibre conforme aux principes généraux de droit criminel qui régissent l'interprétation des lois, lesquels rattachent l'enquête sur la faute aux éléments de l'*actus reus* prévus dans la définition légale du crime. Une interprétation qui oriente l'enquête sur la faute vers l'élément résultat préjudiciable de l'*actus reus* faciliterait en même temps l'explication au jury des éléments essentiels de l'infraction. On dirait aux jurés qu'ils doivent décider si l'un des résultats énumérés à l'art. 268 a été causé par les voies de fait et si une personne raisonnable se serait inévitablement rendu compte que celles-ci exposeraient une autre personne au risque de l'un de ces résultats. Dans les deux cas, l'enquête se fait en fonction du libellé de l'art. 268.

Bien que je n'aie pas en l'espèce à approuver le raisonnement de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. c. L. (S.R.)*, étant donné que celui-ci porte sur l'interprétation de l'infraction de voies de fait graves, il est évident, selon la logique des arrêts *DeSousa* et *R. c. L. (S.R.)*, que l'al. 222(5)(a) du *Code* peut s'interpréter comme exigeant la prévisibilité objective de la mort. Cela dit, je reconnais tout à fait que, selon l'interprétation donnée dans bon nombre de décisions, dont quelques-unes sont examinées dans l'arrêt *DeSousa*, cet alinéa ne commande qu'une prévision objective du risque d'un préjudice quelconque. Compte tenu toutefois de l'impératif constitutionnel, du libellé de l'alinéa et du raisonnement de notre Cour dans l'arrêt *DeSousa* et de la Cour d'appel de l'Ontario dans

the section is open to an interpretation that would render it constitutional.

Therefore, in accordance with the requirements of s. 7 of the *Charter*, the proper interpretation of unlawful act manslaughter under s. 222(5)(a) of the *Code* requires the Crown to prove beyond reasonable doubt: (a) that the accused has committed an unlawful act which caused the death of the deceased; (b) that the unlawful act must be one that is objectively dangerous (i.e., in the sense that a reasonable person would realize that it gives rise to a risk of harm); (c) that the fault requirement of the predicate offence, which cannot extend to offences of absolute liability, was in existence and (d) that a reasonable person in the circumstances of the accused would foresee the unlawful act giving rise to a risk of death.

The second element of unlawful act manslaughter involves a determination, as a question of law, of whether the predicate unlawful act is objectively dangerous. The fourth element, however, asks the trier of fact to place the reasonable person in the circumstances of the accused in order to determine whether the risk of death created by the unlawful act was objectively foreseeable by the accused. I shall now turn to elaborating the test to be applied wherever such an objective determination of fault is required in criminal law.

B. *The Objective Test*

An accused can only be held to the standard of a reasonable person if the accused was capable, in the circumstances of the offence, of attaining that standard. Consequently, in determining whether a reasonable person in the circumstances of the accused would have foreseen the risk of death arising from the unlawful act, the trier of fact must pay particular attention to any human frailties which might have rendered the accused incapable of having foreseen what the reasonable person would have foreseen. If the criminal law were to judge

l'arrêt *R. c. L. (S.R.)*, je conclus sans hésitation que l'alinéa en question peut être interprété d'une façon qui le rendrait constitutionnel.

Par conséquent, si l'on veut respecter les exigences de l'art. 7 de la *Charte*, la bonne interprétation de l'infraction d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal prévue à l'al. 222(5)a) du *Code* est celle suivant laquelle le ministère public est tenu de prouver hors de tout doute raisonnable: a) que l'accusé a commis un acte illégal qui a causé la mort de la victime; b) que cet acte illégal est objectivement dangereux (c.-à-d. en ce sens qu'une personne raisonnable comprendrait qu'il présente un risque de préjudice); c) qu'existait l'exigence en matière de faute relative à l'infraction sous-jacente, laquelle ne saurait être une infraction de responsabilité absolue, et d) qu'une personne raisonnable dans la même situation que l'accusé aurait prévu le risque de mort que comportait l'acte illégal.

Le deuxième élément de l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal nécessite qu'on décide si, comme question de droit, l'acte illégal sous-jacent présente objectivement un danger. En ce qui concerne le quatrième élément, toutefois, le juge des faits doit mettre la personne raisonnable dans la même situation que l'accusé afin de décider si ce dernier pouvait objectivement prévoir le risque de mort que comportait l'acte illégal. Je passe donc maintenant à un énoncé détaillé du critère à appliquer dans chaque cas où s'impose en droit criminel une telle détermination objective de la faute.

B. *Le critère objectif*

Un accusé ne peut être soumis à la norme de la personne raisonnable que si, dans les circonstances de l'infraction, il était en mesure de satisfaire à cette norme. Par conséquent, pour déterminer si une personne raisonnable se trouvant dans la même situation que l'accusé aurait prévu le risque de mort que comportait l'acte illégal, le juge des faits doit s'arrêter particulièrement aux faiblesses humaines qui auraient pu mettre l'accusé dans l'incapacité de prévoir ce qu'aurait prévu une personne raisonnable. Si le droit criminel exigeait que

every accused by the inflexible standard of the monolithic "reasonable person", even where the accused could not possibly have attained that standard, the result, as Stuart notes, would be "absolute responsibility" for such persons: *Canadian Criminal Law: A Treatise* (2nd ed. 1987), at p. 192. H. L. A. Hart advanced a similar argument in "Negligence, *Mens Rea* and Criminal Responsibility" in *Punishment and Responsibility* (1968), at p. 154:

If our conditions of liability are invariant and not flexible, i.e. if they are not adjusted to the capacities of the accused, then some individuals will be held liable for negligence though they could not have helped their failure to comply with the standard.

This principle of culpability was elaborated further by E. Fruchtmann, "Recklessness and the Limits of *Mens Rea*: Beyond Orthodox Subjectivism" (1986-1987), 29 *Crim. L.Q.* 421, at p. 446:

It is essential, if criminal responsibility is to rest on fault, that the culpability of the accused's inadvertence does not depend entirely upon what a reasonable person would be expected to foresee in the circumstances. The accused must have the capacities and the abilities that are necessary to enable him to foresee what a reasonable person would foresee. Although the jury may presume the accused's capacities and abilities as an evidentiary matter, the burden of proof lies on the prosecution and the accused will always be entitled to attempt to persuade the jury otherwise.

The Crown bears the burden of proving beyond a reasonable doubt that a reasonable person in the context of the offence would have foreseen the risk of death created by his or her conduct. As I explain in more detail in *R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76, released this same day, the reasonable person will be invested with any enhanced foresight the accused may have enjoyed by virtue of his or her membership in a group with special experience or knowledge related to the conduct giving rise to the offence. For example, in *Gosset* the accused police officer's experience and training in the handling of firearms is relevant to the standard of care under s. 86(2) of the *Criminal Code* concerning the care-

tous les accusés se fassent juger selon la norme rigide de la «personne raisonnable» monolithique, même dans les cas où l'accusé était dans l'impossibilité de respecter cette norme, cela entraînerait pour eux, comme le fait remarquer Stuart, une «responsabilité absolue»: *Canadian Criminal Law: A Treatise* (2^e éd. 1987), à la p. 192. H. L. A. Hart avance un argument semblable dans «Negligence, *Mens Rea* and Criminal Responsibility», paru dans *Punishment and Responsibility* (1968), à la p. 154:

[TRADUCTION] Si les conditions de la responsabilité restent figées et inflexibles, c.-à-d. si elle ne sont pas adaptées aux capacités de l'accusé, alors certaines personnes se verront jugées responsables pour cause de négligence, même si elles n'auraient pu s'empêcher de ne pas observer la norme.

Ce principe de la culpabilité a été développé par E. Fruchtmann dans «Recklessness and the Limits of *Mens Rea*: Beyond Orthodox Subjectivism» (1986-1987), 29 *Crim. L.Q.* 421, à la p. 446:

[TRADUCTION] Il est essentiel, si la responsabilité criminelle doit se fonder sur la faute, que le caractère coupable de l'inconscience de l'accusé ne dépende pas entièrement de ce que devrait prévoir une personne raisonnable dans les circonstances. L'accusé doit posséder les capacités et les aptitudes nécessaires pour lui permettre de prévoir ce que prévoirait une personne raisonnable. Quoique le jury puisse, du point de vue de la preuve, faire des présomptions quant aux capacités et aux aptitudes de l'accusé, c'est à la poursuite qu'incombe la charge de la preuve, et l'accusé bénéficiera toujours du droit de tenter de convaincre le jury du contraire.

Il incombe au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que, dans le contexte de l'infraction en question, une personne raisonnable aurait prévu le risque de mort que comportait sa conduite. Comme je l'explique de façon plus détaillée dans l'arrêt *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76, rendu simultanément, sera imputée à la personne raisonnable la capacité accrue de prévision qu'a pu avoir l'accusé du fait de son appartenance à un groupe possédant des connaissances ou une expérience particulières qui se rapportent à la conduite d'où est née l'infraction. Dans l'affaire *Gosset*, par exemple, l'expérience et la formation que le policier accusé avait dans le maniement d'armes

less use of firearms. In the present case, the reasonable person should be deemed to possess Mr. Creighton's considerable experience in drug use. Once the Crown has established beyond a reasonable doubt that this reasonable person in the context of the offence would have foreseen the risk of death created by his or her conduct, the focus of the investigation must shift to the question of whether a reasonable person in the position of the accused would have been capable of foreseeing such a risk. The objective test cannot, to reiterate, relieve the accused of criminal liability simply because he or she did not, in fact, foresee creating the risk of death. I wish to reiterate that the standard of care remains uniform and unchanging irrespective of the particular accused—the prosecution must demonstrate a marked departure from the standard of a reasonable person; rather, it is in the determination of what is reasonable that the skill and expertise of the accused may be considered.

The objective test can be best understood when stated as a "checklist" for the trier of fact to apply to the accused's conduct in a particular case. Where the accused is charged with the offence of unlawful act manslaughter, the trier of fact must ask:

(1) Would a reasonable person in the same circumstances have been aware that the likely consequences of his or her unlawful conduct would create the risk of death?

This question provides the threshold to the objective test. If the answer to this question is No, then the accused must be acquitted. If the answer is Yes, however, the trier must then ask:

(2) Was the accused unaware

(a) because he or she did not turn his or her mind to the consequences of the conduct and thus to the risk of death likely to result; or

à feu étaient pertinentes relativement à la norme de diligence à appliquer aux fins du par. 86(2) du *Code criminel* portant sur l'usage négligent d'armes à feu. En l'espèce, la personne raisonnable devrait être réputée posséder l'expérience considérable de M. Creighton dans l'usage de stupéfiants. Du moment que le ministère public établit hors de tout doute raisonnable que, dans le contexte de l'infraction en question, cette personne raisonnable aurait prévu le risque de mort que comportait sa conduite, l'examen doit porter principalement sur la question de savoir si une personne raisonnable se trouvant à la place de l'accusé aurait pu prévoir ce risque. Le critère objectif, répétons-le, ne saurait dégager l'accusé de la responsabilité criminelle du simple fait qu'il n'a pas en fait prévu la création du risque de mort. Je voudrais réitérer que la norme de diligence reste uniforme et inchangée quel que soit l'accusé—la poursuite doit démontrer qu'il y a un écart marqué par rapport à la norme de la personne raisonnable; c'est plutôt au moment de déterminer ce qui est raisonnable que les aptitudes et la compétence de l'accusé entreront en ligne de compte.

La meilleure façon de comprendre le critère objectif consiste à le présenter sous forme de «liste de contrôle» à appliquer par le juge des faits à la conduite de l'accusé dans un cas donné. Si l'infraction reprochée à l'accusé est celle d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, le juge des faits doit se poser cette question:

(1) Une personne raisonnable se trouvant dans la même situation aurait-elle été consciente que sa conduite illégale aurait pour conséquence probable de créer le risque de mort?

Cette question représente le point de départ pour l'application du critère objectif. Si la réponse est négative, l'accusé doit être acquitté. Toutefois, si la réponse est affirmative, le juge des faits doit se demander:

(2) Est-ce que l'accusé n'en était pas conscient:

a) soit parce qu'il n'a pas réfléchi aux conséquences de sa conduite ni, par conséquent, au risque de mort qu'elle comportait probablement;

(b) because he or she lacked the capacity to turn his or her mind to the consequences of the conduct and thus to the risk of death likely to result, due to human frailties?

If the answer is (a), the accused must be convicted, since the criminal law cannot allow the absence of actual awareness to be an excuse to criminal liability. An important distinction must be maintained within the objective test between the capacity to decide to turn one's mind to a risk, and the decision not to turn one's mind to it. As Colvin, *Principles of Criminal Law* (2nd ed. 1991), notes, at p. 155:

As long as attention is directed to the individual's own capabilities, a judgment of fault can be made on the ground that there was a fair opportunity to have recognized the risks and harm of conduct.

A key element of the objective test is that of the control an accused could have exercised over the frailty which rendered him or her incapable of acting as the reasonable person would in the same circumstances. The notion of control is related to that of moral responsibility; if one is able to act prudently and not endanger the life of others, one will be held liable for failing to do so. One must be morally—and criminally—responsible to act according to his or her capacities not to inflict harm, even unintentional harm. By contrast, the inability to control a particular frailty which resulted in the creation of the risk may offer a moral excuse for having brought about that risk. Therefore, if the answer to the second branch of the objective test is (b), the third and final stage of the inquiry is required:

(3) In the context of the particular offence, would the reasonable person with the capacities of the accused have made him- or herself aware of the likely consequences of the unlawful conduct and the resulting risk of death?

b) soit parce que, en raison de faiblesses humaines, il a été incapable de réfléchir aux conséquences de sa conduite et, par conséquent, au risque de mort qu'elle comportait probablement?

Si c'est l'hypothèse a) qui est retenue, l'accusé doit être déclaré coupable puisque le droit criminel ne peut permettre que le fait de ne pas avoir été conscient d'une chose constitue une excuse relativement à la responsabilité criminelle. À l'intérieur du critère objectif, il faut établir une distinction importante entre la capacité de décider de réfléchir à un risque et la décision de ne pas y réfléchir. Comme l'indique Colvin, *Principles of Criminal Law* (2^e éd. 1991), à la p. 155:

[TRADUCTION] Tant que l'examen est dirigé vers les capacités d'une personne, on peut conclure qu'il y a eu faute pour le motif que la personne a eu une chance raisonnable de reconnaître les risques et le préjudice associés à sa conduite.

Un élément clé du critère objectif est la maîtrise que l'accusé aurait pu exercer sur la faiblesse qui l'a empêché d'agir comme l'aurait fait une personne raisonnable dans les mêmes circonstances. Or, la notion de maîtrise se rapproche de celle de responsabilité morale; si une personne est en mesure d'agir prudemment et sans mettre en danger la vie d'autrui, elle sera jugée responsable de son omission de le faire. Chacun doit avoir une responsabilité morale—mais aussi une responsabilité en droit criminel—d'agir selon sa capacité de ne pas causer de préjudice, même non intentionnel, à autrui. Par contre, l'incapacité à maîtriser une faiblesse particulière qui a fait naître un risque peut constituer une excuse morale pour avoir créé ce risque. Donc, si la réponse à la question formant le deuxième volet du critère objectif est b), il faut alors passer à la troisième et dernière étape de l'examen:

(3) Dans le contexte de l'infraction en question, une personne raisonnable possédant les capacités de l'accusé aurait-elle fait en sorte d'être consciente des conséquences probables de sa conduite illégale et du risque de mort que comportait celle-ci?

In this inquiry, the accused's behaviour is still measured against the standard of the reasonable person, but the reasonable person is constructed to account for the accused's particular capacities and resulting inability to perceive and address certain risks. This test is similar to that advocated by Hart, in "Negligence, *Mens Rea* and Criminal Responsibility", *supra*, at p. 154:

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

It must be emphasized that this is not a subjective test: if a reasonable person with the frailties of the accused would nevertheless have appreciated the risk, and the accused did not in fact appreciate the risk, the accused must be convicted.

The rationale of incorporating capacity into the objective determination of fault is analogous to the rationale underlying the defence of mistake of fact in criminal law, where an accused who has an honest and reasonably held belief in an incorrect set of facts, and acts on the basis of those facts, is excused from punishment for the resulting harm. Human frailties which may affect the capacity of an accused to recognize the risks of unlawful conduct must be considered, however, not because they result in the accused believing in an incorrect set of facts, but rather because they render the accused incapable of perceiving the correct set of facts. It is, however, only those human frailties which relate to an accused's capacity to appreciate the risk in question that may be considered in this inquiry.

I shall now turn to elaborating what "human frailties" may factor into the objective test. It is perhaps best to begin by stating clearly what is not included. Intoxication or impairment through drug use which occurs as a result of voluntary consump-

Dans le cadre de cet examen, le comportement de l'accusé est encore examiné par rapport à la norme de la personne raisonnable, mais cette norme est interprétée de façon à tenir compte des capacités particulières de l'accusé et, partant, de son incapacité à se rendre compte de certains risques et à agir en conséquence. Ce critère est semblable à celui que préconise Hart dans «Negligence, *Mens Rea* and Criminal Responsibility», *op. cit.*, à la p. 154:

[TRADUCTION]

- (i) L'accusé a-t-il omis de prendre les précautions qu'une personne raisonnable ayant des capacités normales aurait prises dans les circonstances?
- (ii) L'accusé, compte tenu de ses capacités mentales et physiques, aurait-il pu prendre ces précautions?

Il faut souligner qu'il ne s'agit pas là d'un critère subjectif: si une personne raisonnable ayant les faiblesses de l'accusé aurait tout de même apprécié le risque, alors que l'accusé, lui, ne l'a pas fait, c'est un verdict de culpabilité qui s'impose.

La raison d'être de l'inclusion de la capacité dans la détermination objective de la faute présente une analogie avec la raison d'être de la défense de l'erreur de fait en droit criminel, grâce à laquelle l'accusé qui croit sincèrement et raisonnablement à l'existence de faits inexacts et qui agit sur le fondement de ces faits échappe à la peine pouvant découler du préjudice résultant de ses actes. Les faiblesses humaines susceptibles de nuire à la capacité d'un accusé de reconnaître les risques inhérents à une conduite illégale doivent toutefois être prises en considération, non pas parce qu'elles font croire l'accusé à des faits inexacts, mais bien parce qu'elles le mettent dans l'incapacité de se rendre compte des faits exacts. Toutefois, ce ne sont que les faiblesses humaines qui ont un lien avec la capacité de l'accusé d'apprécier le risque en question qui peuvent être prises en considération dans le cadre de cet examen.

Précisons donc maintenant les «faiblesses humaines» qui peuvent entrer en ligne de compte dans l'application du critère objectif. Peut-être vaudrait-il mieux commencer par énoncer clairement celles qui sont exclues. L'état d'ébriété ou

tion cannot serve to vitiate liability for the risks created by the negligent conduct of an accused. Additionally, a sudden and temporary incapacity to appreciate risk due to exigent circumstances (an emergency which diverts one's attention from an activity, for example) is not properly considered under the third part of the test, but may well result in an acquittal under the first part of the test, that is, would a reasonable person's attention in the same circumstances of the accused have been diverted from that activity.

Human frailties encompass personal characteristics habitually affecting an accused's awareness of the circumstances which create risk. Such characteristics must be relevant to the ability to perceive the particular risk. For example, while illiteracy may excuse the failure to take care with a hazardous substance identifiable only by a label, as the accused may be unable, in this case, to apprehend the relevant facts, illiteracy may not be relevant to the failure to take care with a firearm. This attention to the context of the offence and the nature of the activity is explored in greater detail below.

It should be emphasized that the relevant characteristics must be traits which the accused could not control or otherwise manage in the circumstances. For example, while a person with cataracts cannot be faulted for having reduced vision, he or she may be expected to avoid activity in which that limitation will either create risk or render him or her unable to manage risk which is inherent in an activity (driving, for example). The reasonable person is expected to compensate for his or her frailties, to the extent he or she is conscious of them and able to do so.

l'affaiblissement des facultés causé par des stupéfiants, par suite d'une consommation volontaire, ne sauraient écarter la responsabilité à l'égard des risques créés par la conduite négligente d'un accusé. En outre, l'incapacité soudaine et temporaire à apprécier un risque en raison d'une situation urgente (par exemple, une urgence qui détourne l'attention) ne peut à bon droit être prise en compte dans le cadre du troisième volet du critère, mais pourrait très bien donner lieu à l'acquittement par suite de l'application du premier volet, c.-à-d. celui qui consiste à se demander si l'attention d'une personne raisonnable aurait été détournée dans les mêmes circonstances que celles dans lesquelles se trouvait l'accusé.

Les faiblesses humaines englobent des caractéristiques personnelles qui influent habituellement sur la conscience que peut avoir l'accusé des circonstances créant un risque. Ces caractéristiques doivent avoir un lien avec la capacité de percevoir le risque en question. Par exemple, bien que l'analphabétisme puisse constituer une excuse pour l'omission de manipuler prudemment un produit dangereux identifiable seulement par une étiquette, car en pareil cas l'accusé pourrait se voir dans l'incapacité de prendre conscience des faits pertinents, ce même facteur pourrait ne pas entrer en ligne de compte s'il s'agissait d'imprudance dans le manie- ment d'une arme à feu. Cette question de la prise en considération du contexte de l'infraction et de la nature de l'activité fera l'objet d'une étude plus approfondie ci-après.

Il convient de souligner que les caractéristiques pertinentes doivent être de celles que l'accusé n'a pu maîtriser d'aucune façon dans les circonstances. Par exemple, bien qu'on ne puisse pas reprocher à une personne atteinte de cataractes la baisse de l'acuité visuelle qui en résulte, on peut s'attendre à ce qu'elle évite les activités dans lesquelles cette déficience entraînera un risque ou qui la rendront incapable de faire face aux risques inhérents à une activité donnée (la conduite d'un véhicule automobile, par exemple). On s'attend de la personne raisonnable qu'elle prenne des mesures pour compenser ses faiblesses, pourvu qu'elle soit consciente de celles-ci et qu'elle soit en mesure de les prendre.

This general discussion is not intended to set out an exhaustive definition, but rather to lay the groundwork for examining the different factual contexts which may arise. Two central criteria in this regard are (1) the gravity of the offence, and (2) the inherent purposefulness of the conduct involved. With respect to the gravity of the offence, there may be a significant gulf between neglecting to safely store a bottle containing a prescription drug, and neglecting to unload a firearm and return it to its cabinet. In these different contexts, the behaviour of the reasonable person who possesses all of the accused's limitations may be very different, and therefore the answer to the third question regarding the ability of an accused to control or compensate for his or her frailties may be different as well.

The purposefulness of the conduct involved has also been isolated as a factor to be considered in applying such a test by Toni Pickard, in "Culpable Mistakes and Rape: Relating *Mens Rea* to the Crime" (1980), 30 *U.T.L.J.* 75. Pickard refers (at p. 76) to the accused's ability to isolate and analyze the "legally relevant transaction", and notes (at p. 81) that some activities "provide no specific moment, no specific act, not even a specific question to focus the actor's mind on the need for care". Where the activity is highly purposeful, and involves a limited number of inquiries and decisions to be made before acting, the reasonable person with the accused's make-up will be held to a higher standard. Put another way, frailties which create a general inability to recognize and appreciate risk will not necessarily exonerate the accused in the context of particular discrete acts. If the activity is ongoing and involves many stimuli, it may well be impossible for the reasonable person with the accused's frailties to isolate the legally relevant items of information.

Consider the following example:

Cette analyse générale ne vise pas à établir une définition exhaustive, mais plutôt à jeter les fondements de l'examen des différents contextes factuels qui peuvent se présenter. Deux critères fondamentaux à retenir à cet égard sont (1) la gravité de l'infraction et (2) le caractère intentionnel inhérent de la conduite en cause. En ce qui concerne la gravité de l'infraction, il peut exister un écart considérable entre l'omission de garder dans un lieu sûr une bouteille contenant un produit de prescription et l'omission de décharger une arme à feu et de la replacer dans son armoire. Dans ces contextes différents, la conduite de la personne raisonnable qui souffre de toutes les mêmes faiblesses que l'accusé peut être très différente, de sorte que la réponse à la troisième question, soit celle concernant la capacité de l'accusé de maîtriser ou de compenser ses faiblesses, pourra être différente aussi.

Toni Pickard, dans «Culpable Mistakes and Rape: Relating *Mens Rea* to the Crime» (1980), 30 *U.T.L.J.* 75, a également signalé le caractère intentionnel de la conduite comme facteur à prendre en considération dans l'application d'un tel critère. Il parle (à la p. 76) de la capacité de l'accusé d'isoler et d'analyser [TRADUCTION] «l'acte juridiquement pertinent» et fait remarquer (à la p. 81) que dans le cas de certaines activités [TRADUCTION] «il n'y a pas de moment précis, d'acte précis ni même de question précise qui permette à l'acteur de songer à la nécessité de prudence». Lorsque le caractère intentionnel de l'activité est marqué et que sont peu nombreuses les questions à se poser et les décisions à prendre avant d'agir, la personne raisonnable possédant les mêmes caractéristiques que l'accusé sera soumise à une norme plus sévère. En d'autres termes, les faiblesses qui créent une incapacité générale à reconnaître et à apprécier le risque n'auront pas nécessairement pour effet de décharger l'accusé dans le contexte d'actes distincts particuliers. Si l'activité se prolonge dans le temps et comporte de nombreux stimuli, il se pourra bien que la personne raisonnable ayant les faiblesses de l'accusé se voie dans l'impossibilité d'isoler les renseignements juridiquement pertinents.

Prenons l'exemple suivant:

Y has had very little education. Y's friend asks him to help clean out a basement. It turns out that a jar in the basement contains nitroglycerine, and is clearly labelled as such. Y reads the label, but the word means nothing to him. Y transports the jar in the back of his pick-up truck, and when he leaves the truck after stopping at a store, the jar explodes and a passer by is killed.

In this circumstance, the reasonable person would have known not to transport the jar as Y did, so Y fails the first part of the test. However, we should consider that Y's level of education may make comparing him to the fully educated reasonable person unfair. Thus, the trier of fact should consider a reasonable person of Y's education level. The inquiry for the trier of fact becomes: would a reasonable person with Y's education have been aware of a risk and taken steps to avoid the harm? There is nothing in the activity of cleaning out a basement that would alert Y to any particular risk inherent in the activity. Similarly, there are a number of activities Y carries out, so it cannot be said that there was only one legally relevant transaction which should have focused Y's mind on the possibility of risk. In this circumstance, then, the trier of fact may well find that it was reasonable for Y, given his education, not to be aware of the risk he created.

A slight change in facts illustrates the requirement that the frailty be one that the accused cannot control, and the need to attend to the context of the offence. While cleaning out a basement would not put the reasonable person on notice, but the label (which meant nothing to Y) would, what if Y were a courier picking up a package from a large laboratory that, to Y's knowledge, manufactures only explosives? The trier of fact could properly expect Y to have recognized his frailty as relevant to the transaction in question and to have asked someone at the lab about transportation safeguards. The reasonable person, even with Y's education, would

Y a très peu d'instruction. Son ami lui demande de l'aider à faire le ménage au sous-sol. Or, il s'y trouve un bocal contenant de la nitroglycérine, ce qui est très clairement indiqué d'ailleurs sur l'étiquette. Y lit celle-ci, mais le mot y figurant ne lui dit absolument rien. Il met le bocal à l'arrière de sa camionnette et se rend à un magasin. Quand il descend de la camionnette, le bocal explose, provoquant la mort d'un passant.

Dans cette situation, la personne raisonnable aurait su qu'il ne fallait pas transporter le bocal comme l'a fait Y. Ce dernier ne satisfait donc pas au premier volet du critère. Nous devons toutefois tenir compte du fait qu'il est peut-être injuste de comparer Y, qui est peu instruit, avec la personne raisonnable ayant un degré plus élevé d'instruction. Le juge des faits devrait donc retenir comme critère celui de la personne raisonnable ayant le même degré d'instruction que Y. Il doit donc demander si cette personne aurait été consciente du risque et si elle aurait pris des mesures pour éviter le préjudice. Faire le ménage au sous-sol n'est pas en soi une activité qui aurait amené Y à se douter de quelque risque particulier qu'elle pouvait comporter. De même, il s'agit d'une activité dans le cadre de laquelle Y a accompli plusieurs actes, de sorte qu'on ne saurait prétendre qu'il n'existait qu'une seule activité juridiquement pertinente qui aurait dû lui faire penser à la possibilité de risque. Dans ces circonstances donc, le juge des faits pourra bien conclure qu'il était raisonnable que Y, compte tenu de son degré d'instruction, ne soit pas conscient du risque qu'il a créé.

Il suffit de modifier légèrement les faits pour illustrer l'exigence qu'il doit s'agir d'une faiblesse que l'accusé ne peut maîtriser et pour faire ressortir la nécessité de tenir compte du contexte de l'infraction. Faire le ménage au sous-sol n'est certes pas une activité qui mettrait en garde une personne raisonnable, mais l'étiquette (qui pour Y ne voulait rien dire) aurait assurément eu cet effet. Or, qu'en serait-il si Y avait été un messenger qui recueillait un paquet à un grand laboratoire qui, à sa connaissance, fabrique seulement des explosifs? Le juge des faits pourrait à bon droit s'attendre de Y qu'il ait reconnu sa faiblesse comme un facteur perti-

recognize the risks inherent in such a situation. Thus, the overlap between the responsibility to recognize one's limitations and the focus on the inherent risk and purposefulness of the conduct indicates that Y might well be held to have been at fault in the circumstances, even though he did not in fact recognize a risk.

The capacity of the accused in the context of criminal prosecutions will be relevant wherever the Crown must establish what a reasonable person in the circumstances of the offence would have perceived. In the case of unlawful act manslaughter, the objective test must be applied in assessing the foreseeability of the risk from the unlawful act in question, but may also be relevant in establishing the requisite fault for the predicate unlawful act, as is the case in *R. v. Gosset, supra*. In *Gosset*, the accused was charged with unlawful act manslaughter, where the unlawful act was the careless use of a firearm contrary to s. 86(2) of the *Criminal Code*. As I indicated in that case, capacity will be relevant to the assessment of the accused's fault for the predicate unlawful act as well as to the foreseeability of death arising from that unlawful act.

C. *The Application of the Objective Test*

Applied to the facts of this case, therefore, one must ask whether the reasonable individual in the circumstances of the offence and with Mr. Creighton's experience in drug use would have been aware of the risk of death arising from the injection of the deceased with the cocaine. In reviewing the evidence against Mr. Creighton, the trial judge stated the following:

nent relativement à l'acte en question et qu'il ait demandé à quelqu'un au laboratoire des indications sur les précautions à prendre en ce qui concerne le transport. Une personne raisonnable, même si elle avait eu le même degré d'instruction que Y, aurait reconnu les risques inhérents à une telle situation. Ainsi, l'obligation de connaître ses propres limites, à laquelle vient s'ajouter la prise en considération du risque inhérent et du caractère intentionnel de la conduite, porte à croire que Y pourrait bien être jugé fautif dans les circonstances, même si en fait il n'a pas reconnu l'existence d'un risque.

La capacité de l'accusé sera une considération pertinente dans le cadre de poursuites criminelles chaque fois que le ministère public est tenu d'établir ce dont une personne raisonnable aurait été consciente dans les circonstances de l'infraction. Dans le cas de l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, le critère objectif devra être appliqué pour apprécier la prévisibilité du risque que comporte l'acte illégal en question. Mais ce critère peut aussi être pertinent aux fins d'établir la faute requise pour l'acte illégal sous-jacent, comme c'est le cas dans l'arrêt *R. c. Gosset*, précité. Dans l'affaire *Gosset*, l'accusé était inculpé d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, celui-ci consistant dans l'usage négligent d'une arme à feu, ce qui constituait une infraction au par. 86(2) du *Code criminel*. Comme je l'indique dans cet arrêt, la capacité est pertinente tant aux fins de la détermination de la faute de l'accusé à l'égard de l'acte illégal sous-jacent que relativement à la prévisibilité de la mort résultant de cet acte illégal.

C. *L'application du critère objectif*

Appliquant donc ce critère aux faits de l'espèce, nous devons nous demander si, dans les circonstances de l'infraction, une personne raisonnable ayant l'expérience que possédait M. Creighton de l'usage des stupéfiants aurait été consciente du risque de mort que comportait l'injection de cocaïne à la victime. Dans le cadre de son examen de la preuve produite contre M. Creighton, le juge du procès a tenu les propos suivants:

The accused's evidence [is] that he would permit no one but himself to measure the dose of cocaine that he would accept by injection into his own body. That is evidence capable of the inference which I draw, that Mr. Creighton on the 27th of October, 1989 was knowledgeable of the dangerous propensity of that narcotic to cause death or serious bodily harm.

Subsequently, the trial judge summarized his findings as follows:

Mr. Creighton swore, in effect, that he was and is an experienced cocaine user. He said that he insisted on measuring out his own quantity of cocaine intake. From that evidence alone, I draw the inference that at the time he gave part of that narcotic he had purchased to Miss Martin, he knew she was going to ingest it immediately. He also knew that he was giving her a very dangerous, volatile, lawfully prohibited narcotic, capable of causing death or serious bodily harm.

At the end of all of the evidence and argument, the Crown has proven beyond a reasonable doubt that the accused trafficked in cocaine. The very narcotic he gave to the deceased caused her death, and his act of giving it was an intentional one. It was an unlawful criminal act. There existed on the record proof beyond a reasonable doubt that in the circumstances of giving it to her he was criminally negligent. That is so because at the time he gave it he was an experienced, knowledgeable person and well aware of cocaine's dangerous properties. Of equal significance, he, at the time that he gave it to her, knew that she was already holding within her body a substantial amount of the same narcotic. Possessed of that knowledge, he was criminally negligent in giving it to her in the first place, and further criminally negligent in failing to consider the quantity, I find, he placed in the spoon that was used to inject her and the strength it probably would have upon her. [Emphasis added.]

Given the lethal nature of the narcotic in question and the fashion in which it was administered, the familiarity of the accused with the drug and its dangerous properties, the trial judge concluded that the accused foresaw the risk of death or serious bodily harm in injecting the deceased with cocaine. Indeed, when first informed of the charges against him, the appellant was apprised of

[TRADUCTION] [Selon]le témoignage de l'accusé [. . .] il ne permettrait pas que quelqu'un d'autre que lui mesure la dose de cocaïne qu'il se ferait injecter. Or, ce témoignage justifie la conclusion que je tire que, le 27 octobre 1989, M. Creighton connaissait la propension dangereuse qu'a ce stupéfiant à causer la mort ou des lésions corporelles graves.

Plus loin, le juge du procès a résumé ainsi ses conclusions:

[TRADUCTION] Monsieur Creighton a en fait témoigné qu'il était expérimenté dans l'usage de la cocaïne. Il tenait, a-t-il affirmé, à mesurer lui-même la quantité de cocaïne qu'il prenait. De ce seul élément de preuve je conclus qu'au moment où il a donné à M^{lle} Martin une partie du stupéfiant qu'il avait acheté, il savait qu'elle allait le consommer sur-le-champ. Il savait en outre qu'il lui donnait un stupéfiant très dangereux, instable, illégal et susceptible de causer la mort ou des lésions corporelles graves.

Compte tenu de la totalité de la preuve et des arguments, le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que l'accusé faisait le trafic de cocaïne. Le stupéfiant même qu'il a donné à la victime a causé sa mort, et il le lui a donné intentionnellement. Il s'agissait d'un acte criminel illégal. La preuve administrée établit hors de tout doute raisonnable que, dans les circonstances, l'accusé a commis une négligence criminelle en donnant le stupéfiant à la victime. Il en est ainsi parce que, au moment où il l'a fait, il avait de l'expérience et des connaissances dans le domaine et était bien au courant des propriétés dangereuses de la cocaïne. Fait tout aussi important, il savait à ce moment-là que la victime avait déjà consommé une quantité considérable du même stupéfiant. Muni de cette connaissance, il a fait preuve de négligence criminelle tout d'abord en lui donnant le stupéfiant, puis en ne prenant pas en considération la quantité que, selon les faits, il a mis dans la cuillère et qu'il lui a injectée, ni l'effet que le stupéfiant aurait probablement sur elle. [Je souligne.]

Étant donné la létalité du stupéfiant en question et vu la façon dont il a été administré et la connaissance qu'avait l'accusé de ce stupéfiant et de ses propriétés dangereuses, le juge du procès a conclu que l'accusé avait prévu le risque de mort ou de lésions corporelles graves que présentait l'injection de cocaïne à la victime. De fait, quand l'appellant a été initialement informé des accusations por-

the death of Ms. Martin as a result of a cocaine overdose, to which he responded the following:

You know better than I that that stuff kills a lot of people. I hear lots of things about people dying of drug overdoses but I don't know them so I don't care.

Since the accused was aware of the risk of death resulting from the unlawful act of trafficking, it is not necessary to proceed to the second or third branch of the objective test.

In instructing himself on the law with respect to unlawful act manslaughter, the trial judge, with respect, erred in adopting the standard of objective foreseeability contained in the earlier line of cases which referred to "the risk of some harm . . . albeit not serious harm" (*R. v. Church, supra*, at p. 213, and *R. v. Tennant, supra*, at p. 96). However, whether or not a reasonable person in the circumstances of the appellant would have foreseen a risk of death as opposed to merely a risk of harm arising from the unlawful act is an inquiry that is made unnecessary given the finding above that the appellant actually did appreciate the risk of death resulting from his injection of the cocaine into the deceased.

Therefore, with respect to the test for determining if a new trial is required under s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*, I conclude that, although the learned trial judge erred in law in not expressly considering the capacity of the appellant to appreciate the risk resulting from his conduct, and in instructing himself on the proper test for assessing foreseeability under s. 222(5)(a) of the *Code*, it is clear from his findings that had he instructed himself properly, he would have necessarily arrived at the same verdict (see *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, at p. 744). Therefore, I find that, despite the trial judge's error, there is no substantial wrong or miscarriage of justice which would require a new trial.

tées contre lui, on lui a fait savoir que M^{me} Martin était morte par suite d'une surdose de cocaïne, à quoi il a répondu:

^a [TRADUCTION] Vous savez mieux que moi que cela tue beaucoup de gens. J'entends souvent parler de gens qui meurent d'une surdose de stupéfiants, mais je ne les connais pas, alors cela ne me fait rien.

^b Comme l'accusé était conscient du risque de mort que présentait l'acte illégal de trafic de stupéfiant, point n'est besoin de passer aux deuxième et troisième volets du critère objectif.

^c En ce qui concerne la règle de droit applicable à l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, j'estime avec égards que c'est à tort que le juge du procès a adopté la norme de la prévisibilité objective énoncée dans la jurisprudence moins récente, où l'on parle du [TRADUCTION] «risque d'un préjudice [. . .] bien qu'il ne soit pas grave» (*R. c. Church*, précité, à la p. 213, et *R. c. Tennant*, précité, à la p. 96). Quant à savoir, cependant, si une personne raisonnable dans la situation de l'appelant aurait ou non prévu un risque de mort, plutôt qu'un simple risque de préjudice, découlant de l'acte illégal, voilà une question sur laquelle il n'est pas nécessaire de se pencher compte tenu de la conclusion, déjà tirée, que l'appelant se rendait effectivement compte du risque de mort que présentait son injection de cocaïne à la victime.

^g Par conséquent, pour ce qui est du critère pour déterminer si un nouveau procès s'impose en vertu du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code*, je conclus que le juge du procès a certes commis une erreur de droit en ne considérant pas expressément la capacité de l'appelant d'apprécier le risque que comportait sa conduite et en ne retenant pas le critère approprié pour apprécier la prévisibilité aux fins de l'al. 222(5)(a) du *Code*, mais qu'il se dégage nettement de ses conclusions que, s'il ne s'était pas trompé, il aurait nécessairement rendu le même verdict (voir l'arrêt *Colpitts c. La Reine*, [1965] R.C.S. 739, à la p. 744). Je conclus en conséquence que, malgré l'erreur du juge du procès, il n'y a eu aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave nécessitant la tenue d'un nouveau procès.

D. *Can the Conviction be Supported on the Alternative Basis of Criminal Negligence?*

In addition to convicting the appellant for unlawful act manslaughter under s. 222(5)(a) of the *Code*, the trial judge also convicted the appellant of manslaughter by criminal negligence under s. 222(5)(b), on the theory that the unlawful act in question itself constituted criminally negligent conduct. The appellant also contends that s. 7 of the *Charter* requires that manslaughter by criminal negligence and unlawful act manslaughter be interpreted as having equivalent standards of fault.

In light of the finding that the conviction of the appellant under s. 222(5)(a) was proper and constitutional, it is unnecessary to deal with the appellant's submissions regarding the alternative ground for the conviction under s. 222(5)(b). Although the appellant was charged with manslaughter without distinguishing between its two branches under s. 222(5)(a) and (b), manslaughter by criminal negligence was not a significant basis of the Crown's case against the appellant at trial. Finally, as no constitutional question was stated with regard to s. 222(5)(b), none of the provincial Attorneys General has had an opportunity to intervene in the case to address the fault standard of this branch of manslaughter. These factors lead me to conclude that this case is an inappropriate one for a detailed consideration of the offence of manslaughter by criminal negligence.

VI. Disposition

I would answer the constitutional question as follows:

D. *La déclaration de culpabilité peut-elle se justifier sur le fondement subsidiaire de la négligence criminelle?*

Outre le verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal qu'il a rendu en vertu de l'al. 222(5)a) du *Code*, le juge du procès a rendu contre l'appelant, en vertu de l'al. 222(5)b), un verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable résultant de la négligence criminelle, selon la théorie voulant que l'acte illégal en question constituait en soi une négligence criminelle. De plus, l'appelant soutient que, suivant l'art. 7 de la *Charte*, l'homicide involontaire coupable résultant de la négligence criminelle et l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal doivent s'interpréter comme comportant des normes équivalentes en ce qui concerne la faute.

Vu la conclusion quant au caractère régulier et constitutionnel du verdict de culpabilité rendu contre l'appelant en vertu de l'al. 222(5)a), il n'est pas besoin d'examiner les arguments de l'appelant relatifs à l'al. 222(5)b) en tant que fondement subsidiaire de la déclaration de culpabilité. Bien que l'appelant ait été accusé d'homicide involontaire coupable sans aucune distinction entre celui fondé sur l'al. 222(5)a) et celui fondé sur l'al. 222(5)b), l'homicide involontaire coupable résultant de la négligence criminelle ne représentait pas un élément important des arguments invoqués par le ministère public contre l'appelant au procès. Enfin, puisque aucune question constitutionnelle n'a été formulée relativement à l'al. 222(5)b), aucun des procureurs généraux des provinces n'a eu l'occasion d'intervenir en l'espèce pour présenter des observations sur la norme de faute applicable à ce type d'homicide involontaire coupable. Ces facteurs m'amènent à conclure qu'il ne convient pas dans la présente affaire d'entreprendre une étude approfondie de l'infraction d'homicide involontaire coupable résultant de la négligence criminelle.

VI. Dispositif

Je suis d'avis de répondre comme suit à la question constitutionnelle:

Question: Does the common law definition of unlawful act manslaughter contravene s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

For the reasons stated above, the appeal is dismissed, and the appellant's conviction confirmed.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues, the Chief Justice and Justice McLachlin. This case has caused me difficulty because both sets of reasons take a view of the law that I have in the past resisted. I could decide this particular case, as did the Ontario Court of Appeal, on the basis that the accused had subjective foresight of the consequences of his act, but in view of the division of opinion in the Court and the fact that *R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76, and *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122, issued concurrently, pose related problems, I find it necessary to express my views on the issues that divide my colleagues.

I start with the fact that, both at the constitutional level and in the interpretation of offences, I favour where practicable the adoption of subjective rather than objective *mens rea*; see, for example, my concurrence with Wilson J. in *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392, a case dealing with manslaughter by criminal negligence which my colleagues find it unnecessary to deal with in the present case. Nonetheless, I have been sensitive to the broad divide between true criminal offences and offences that are regulatory or have a regulatory base (see *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154). In consequence I accept that Parliament can and sometimes does require only an objective standard of *mens rea* for offences intended to regulate a particular form of activity; see *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867, at p. 876,

Question: La définition en common law de l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal enfreint-elle l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

^a Réponse: Non.

^b Pour les raisons exposées ci-dessus, le pourvoi est rejeté et le verdict de culpabilité rendu contre l'appelant est confirmé.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues, le Juge en chef et le juge McLachlin. J'ai éprouvé certaines difficultés parce que les deux juges adoptent un point de vue du droit auquel je me suis opposé dans le passé. Je pourrais trancher le présent pourvoi, comme l'a fait la Cour d'appel de l'Ontario, sur le fondement que l'accusé avait subjectivement prévu les conséquences de son geste. Toutefois, compte tenu de la divergence d'opinions des juges de la Cour et du fait que les arrêts *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76, et *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122, rendus simultanément, soulèvent des difficultés connexes, j'estime nécessaire de me prononcer sur les questions qui opposent mes collègues.

^f D'abord et avant tout, autant sur le plan constitutionnel que pour l'interprétation des infractions, je préfère, dans la mesure du possible, l'adoption d'une *mens rea* subjective plutôt qu'objective; voir par exemple les motifs du juge Wilson, auxquels j'ai souscrit, dans l'arrêt *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392, où il était question d'un homicide involontaire coupable résultant d'une négligence criminelle, point sur lequel mes collègues estiment inutile de se prononcer dans le présent pourvoi. Je suis néanmoins conscient qu'il existe un certain écart entre les infractions criminelles proprement dites et les infractions réglementaires ou qui reposent sur des aspects réglementaires (voir l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154). En conséquence, j'admets que le législateur puisse n'exiger, et qu'il le fasse parfois, qu'une *mens rea* objective à l'égard des infractions visant à réglementer une forme particulière d'activité; voir *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867, à la p. 876,

where I restricted my concurrence with Cory J. on that basis.

As can be seen from the reasons of McLachlin J. in the present case (at pp. 66-67), the specific requirements of these regulatory and quasi-regulatory offences constitute the major theoretical justification for objective *mens rea*. I was concerned about the application of the doctrine to offences of a truly criminal character that apply to a wide variety of circumstances. However, any possibility of limiting objective *mens rea* to regulatory offences or offences having a regulatory base has now been overtaken by the unanimous decision of the panel (comprising a majority of the Court) in *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944. It was there held that in a charge under s. 269 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, of unlawfully causing bodily harm, it was sufficient to establish that the accused intended to cause the unlawful act (which was interpreted as being a dangerous act) that caused the bodily harm and that a reasonable person would have realized that that unlawful act would subject another person to the risk of bodily harm. In short, the Court held that the underlying offence required personal fault, but that it was sufficient if there was objective foreseeability of consequences. The case further held that the *mens rea* requirements conformed with the principles of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

In *DeSousa*, the Court relied on earlier authorities relating to unlawful act manslaughter, the relevant charge in the present case, and for my part I cannot distinguish between the *mens rea* requirement in the two offences. That an unlawful act may result in death or simply bodily harm is purely fortuitous. McLachlin J.'s reasoning on this point is persuasive.

On my reading of *DeSousa*, I would also have thought that it settled the second point of conten-

où j'ai restreint mon accord avec le juge Cory sur ce point.

Comme le laissent voir les motifs du juge McLachlin dans le présent pourvoi (aux pp. 66 et 67), ce sont les exigences particulières aux infractions réglementaires et quasi réglementaires qui constituent le fondement théorique d'une *mens rea* objective. J'avais des inquiétudes quant à l'application de la doctrine à des infractions purement criminelles qui s'appliquent à un grand éventail de circonstances. Toutefois, toute possibilité de limiter l'application de la *mens rea* objective aux infractions réglementaires ou qui reposent sur des aspects réglementaires a maintenant été écartée par l'arrêt unanime des cinq juges qui ont siégé (soit une majorité des juges de la Cour) dans l'affaire *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944. On y a conclu que, relativement à une accusation d'infliction illégale de lésions corporelles fondée sur l'art. 269 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, il suffisait d'établir, d'une part, que l'accusé avait l'intention d'accomplir l'acte illégal (interprété comme étant un acte dangereux) ayant causé des lésions corporelles et, d'autre part, qu'une personne raisonnable se serait rendu compte que, par son acte illégal, elle en exposait une autre au risque de subir des lésions corporelles. En bref, la Cour a conclu que l'infraction sous-jacente exigeait une faute personnelle, mais qu'il suffisait qu'il y ait une prévisibilité objective des conséquences. La Cour a en outre conclu que les exigences en matière de *mens rea* étaient conformes aux principes de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Dans l'arrêt *DeSousa*, la Cour s'est fondée sur des arrêts antérieurs portant sur l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, l'accusation en cause en l'espèce et, pour ma part, je ne peux établir de distinction entre l'exigence de *mens rea* relativement aux deux infractions. Qu'un acte illégal puisse entraîner la mort ou simplement des lésions corporelles est purement fortuit. Le raisonnement du juge McLachlin à cet égard est convaincant.

J'aurais également cru, selon l'interprétation que je lui prête, que l'arrêt *DeSousa* résolvait le second

tion between my colleagues, i.e., whether objective *mens rea* as to consequence should be qualified in the manner proposed by the Chief Justice. The rationale underlying the case would seem to me to favour the position taken by McLachlin J. Since my colleagues have not so read the case, however, I shall attempt to give my reasons for preferring one position over the other.

While the theoretical differences may be profound, it must be confessed that, in the bulk of cases, there may be less difference in practical result between the adoption of a subjective or an objective approach to *mens rea* than the proponents of either view would admit. Though *Tutton* itself was a case where the difference did matter, a careful reading of the competing reasons in that case, I think, demonstrates the truth of what I have just said. To demonstrate, a jury deciding on whether a person adverted to an act or its consequences is bound to be affected by its view of what a reasonable person would do in the circumstances. Similarly, the specific circumstances may well affect a jury's view of what is reasonable. There are important educative and psychological differences between the two approaches that have led me to prefer the subjective view of *mens rea*. That view underlines that no one will be punished for anything he or she did not intend or at least advert to, and its use supports one's feeling that a morally innocent person will not be punished.

The objective view, however qualified, does not fully serve these ends. It is true that the qualified objective view would theoretically protect some of the individuals the subjective view would protect, but by no means all; see *Tutton, supra, per Wilson J.*, at p. 1419. And it does not respond to the educative and psychological ends sought to be attained by those advocating subjective *mens rea*. Indeed, it introduces a differentiation between individuals in criminal proceedings that, however well meant, seems foreign to our law. What is more, the qualified objective approach loses most of the practical advantages sought to be attained by the objective approach. Indeed, some of the difficulties that have

point de divergence qui oppose mes collègues, à savoir, si la *mens rea* objective quant aux conséquences devrait être nuancée de la manière proposée par le Juge en chef. Le raisonnement qui soutient l'arrêt me semble privilégier la position adoptée par le juge McLachlin. Mais puisque mes collègues n'ont pas interprété ainsi l'arrêt, je tenterai de donner les raisons pour lesquelles je préfère une position à l'autre.

Quoique les différences théoriques puissent être marquées, il faut reconnaître qu'en pratique, dans la plupart des cas, la différence entre l'adoption d'une *mens rea* subjective ou objective est peut-être moins importante que ne seraient prêts à admettre les tenants de chacune. Bien que dans l'affaire *Tutton* la différence importait, une lecture attentive des motifs opposés dans cet arrêt démontre, selon moi, la vérité de ce que je viens d'énoncer. Par exemple, le jury qui décide si une personne a mesuré l'acte ou ses conséquences ne manquera pas d'être influencé par sa propre opinion de ce qu'une personne raisonnable ferait dans les circonstances. De même, les circonstances particulières risquent fort d'influencer l'opinion du jury sur ce qui est raisonnable. D'importantes différences sur les plans éducatif et psychologique entre les deux m'ont amené à préférer la *mens rea* subjective. Il ressort de cette dernière que nul ne sera puni pour ce qu'il n'entendait pas faire ou, à tout le moins, pour ce qu'il n'avait pas prévu, et son utilisation renforce le sentiment que la personne moralement innocente ne sera pas punie.

Toutefois, la *mens rea* objective, quelle que soit la nuance qu'on y apporte, ne sert pas pleinement ces fins. Certes, il est vrai qu'en théorie elle protégerait une partie des individus que la *mens rea* subjective protège, mais certainement pas tous; voir l'arrêt *Tutton*, précité, les motifs du juge Wilson, à la p. 1419. En outre, elle ne répond pas aux fins que les tenants de la *mens rea* subjective cherchent à atteindre sur les plans éducatif et psychologique. En fait, elle établit entre les personnes, dans des instances criminelles, une distinction qui, si bien intentionnée qu'elle puisse être, semble étrangère à notre droit. De plus, la *mens rea* objective nuancée perd la plupart des avantages visés par la *mens rea*

been perceived to result from the adoption of the subjective view would be exacerbated. I think, in particular, of the difficulties of instructing a jury. On this question, too, I find *McLachlin J.*'s reasons more persuasive.

I would, therefore, dispose of the appeal and answer the constitutional question as proposed by my colleagues.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and *McLachlin JJ.* was delivered by

MCLACHLIN J.—This appeal considers the constitutional status of s. 222(5)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. In particular, the constitutional question stated by the Chief Justice asks “Does the common law definition of unlawful act manslaughter contravene s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?”. The facts and judgments below have been set out by the Chief Justice. In brief, Mr. Creighton was convicted of manslaughter, arising from the death of Kimberley Ann Martin, who died as a result of an injection of cocaine given by Mr. Creighton. The trial judge found that the death constituted manslaughter either on the ground that it was caused by an unlawful act, or on the ground that it was caused by criminal negligence.

I respectfully disagree with the Chief Justice on two points. The first is his conclusion that the common law offence of manslaughter is unconstitutional because it does not require foreseeability of death. The Chief Justice concludes that the offence of manslaughter must be “read up” to include this requirement in order to bring it into line with the principles of fundamental justice enshrined in s. 7 of the *Charter*, and in particular with the principle that the moral fault required for conviction be commensurate with the gravity and the stigma of the offence. In my view, the offence of unlawful act manslaughter, as defined by our courts and those in other jurisdictions for many centuries, is entirely consistent with the principles

objective. En fait, certaines des difficultés qu'on a estimé être le fruit de l'adoption de la *mens rea* subjective s'en trouveraient aggravées. Je pense, en particulier, aux difficultés reliées aux directives au jury. Sur ce point également j'estime les motifs du juge *McLachlin* plus convaincants.

Je suis par conséquent d'avis de trancher le pourvoi et de répondre à la question constitutionnelle comme le proposent mes collègues.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et *McLachlin* rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité de l'al. 222(5)a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Plus précisément, le Juge en chef a formulé la question constitutionnelle suivante: «La définition en common law de l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal enfreint-elle l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?» Les faits ainsi que les jugements des juridictions inférieures sont exposés dans les motifs du Juge en chef. En résumé, M. Creighton a été reconnu coupable d'homicide involontaire coupable par suite du décès de Kimberley Ann Martin, provoqué par une injection de cocaïne que lui avait administrée M. Creighton. Le juge du procès a conclu qu'il s'agissait d'un homicide involontaire coupable soit parce que la mort a résulté d'un acte illégal, soit parce qu'elle a été causée par une négligence criminelle.

En toute déférence, je suis en désaccord avec le Juge en chef sur deux points. Le premier porte sur sa conclusion que l'infraction d'homicide involontaire coupable en common law est inconstitutionnelle du fait qu'elle n'exige pas la prévisibilité de la mort. D'après le Juge en chef, il faut interpréter l'infraction d'homicide involontaire coupable comme posant cette exigence, de manière que l'énoncé de l'infraction soit conforme aux principes de justice fondamentale consacrés à l'art. 7 de la *Charte* et, en particulier, au principe selon lequel la faute morale requise pour fonder une déclaration de culpabilité doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et aux stigmates qui s'y rattachent. À mon avis, l'infraction d'homicide

of fundamental justice. There is no need to read up its requirements; as it stands, it conforms to the *Charter*.

The second point on which I respectfully diverge is the Chief Justice's conclusion that the standard of care on the objective test in manslaughter and in crimes of negligence varies with the degree of experience, education, and other personal characteristics of the accused. This leads the Chief Justice to hold Mr. Creighton to a higher standard of care than that of the reasonable person in determining if he would have foreseen the risk in question, because of Creighton's long experience as a drug user (pp. 26-27, reasons of Chief Justice). For the reasons set out below I believe the appropriate standard to be that of the reasonable person in all the circumstances of the case. The criminal law is concerned with setting minimum standards of conduct; the standards are not to be altered because the accused possesses more or less experience than the hypothetical average reasonable person.

I will turn first to the common law test for manslaughter, and address the constitutional question as stated by the Chief Justice.

A. Constitutionality of the Requirement of Foreseeability of Bodily Injury in Manslaughter

1. *The Mens Rea of Manslaughter*

The *Criminal Code* defines three general types of culpable homicide. There is murder, the intentional killing of another human being. There is infanticide, the intentional killing of a child. All

involontaire coupable résultant d'un acte illégal, telle que la définissent depuis des siècles nos tribunaux et ceux d'autres pays, ne présente aucune incompatibilité avec les principes de justice fondamentale. Nul besoin donc d'en rendre les exigences plus sévères, car elle est, telle quelle, conforme à la *Charte*.

Le second point sur lequel, avec égards, mon opinion diverge de celle du Juge en chef est sa conclusion que, selon le critère objectif, la norme de diligence à observer en matière d'homicide involontaire coupable et de crimes de négligence varie en fonction de l'expérience, du degré d'instruction et d'autres caractéristiques personnelles de l'accusé. Cette conclusion amène le Juge en chef à appliquer à M. Creighton, compte tenu de sa longue expérience de l'usage de stupéfiants, une norme de diligence plus sévère que celle de la personne raisonnable aux fins de déterminer s'il aurait prévu le risque en question (motifs du Juge en chef, pp. 26 et 27). Pour les motifs exposés ci-après, j'estime que la norme appropriée est celle de la personne raisonnable se trouvant dans la même situation. Le droit criminel fixe des normes minimales de conduite, lesquelles ne doivent pas être modifiées du fait que l'accusé possède plus ou moins d'expérience que la personne raisonnable moyenne hypothétique.

J'aborderai en premier lieu le critère de common law en matière d'homicide involontaire coupable pour ensuite me pencher sur la question constitutionnelle formulée par le Juge en chef.

A. La constitutionnalité de l'exigence de la prévisibilité de lésions corporelles dans le cas de l'homicide involontaire coupable

1. *La mens rea en ce qui concerne l'homicide involontaire coupable*

Le *Code criminel* définit trois types généraux d'homicide coupable. Il y a le meurtre, qui consiste à ôter intentionnellement la vie à un autre être humain. Il y a également l'infanticide, soit le fait d'ôter intentionnellement la vie à un enfant. Tous les autres homicides coupables tombent dans la

other culpable homicides fall into the residual category of manslaughter (s. 234, *Criminal Code*).

Manslaughter is a crime of venerable lineage. It covers a wide variety of circumstances. Two requirements are constant: (1) conduct causing the death of another person; and (2) fault short of intention to kill. That fault may consist either in committing another unlawful act which causes the death, or in criminal negligence. The common law classification of manslaughter is reflected in the definition of culpable homicide in s. 222(5) of the *Criminal Code*:

222. . . .

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

(a) by means of an unlawful act;

(b) by criminal negligence;

The structure of the offence of manslaughter depends on a predicate offence of an unlawful act or criminal negligence, coupled with a homicide. It is now settled that the fact that an offence depends upon a predicate offence does not render it unconstitutional, provided that the predicate offence involves a dangerous act, is not an offence of absolute liability, and is not unconstitutional: *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944. But a further objection is raised in this case. It is said that the offence of manslaughter is unconstitutional because it requires only foreseeability of the risk of bodily harm and not foreseeability of death, and that the trial judge erred in requiring only foreseeability of bodily harm.

The cases establish that in addition to the *actus reus* and *mens rea* associated with the underlying act, all that is required to support a manslaughter conviction is reasonable foreseeability of the risk

catégorie résiduelle qu'est l'homicide involontaire coupable (*Code criminel*, art. 234).

L'origine du crime d'homicide involontaire coupable remonte fort loin dans le passé. Ce crime englobe une grande diversité de circonstances. Deux exigences demeurent toutefois constantes: (1) une conduite qui cause la mort d'une autre personne et (2) une faute qui reste en deçà de l'intention de tuer. Cette faute peut consister soit dans la perpétration d'un autre acte illégal qui occasionne la mort, soit dans la négligence criminelle. La classification de l'homicide involontaire coupable en common law se manifeste dans la définition de l'homicide coupable au par. 222(5) du *Code criminel*:

222. . . .

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

a) soit au moyen d'un acte illégal;

b) soit par négligence criminelle;

La structure de l'infraction d'homicide involontaire coupable tient à la perpétration d'une infraction sous-jacente sous forme d'acte illégal ou de négligence criminelle, laquelle infraction doit être assortie d'un homicide. Il est maintenant établi que ce n'est pas parce qu'une infraction dépend de l'existence d'une infraction sous-jacente qu'elle est inconstitutionnelle, pourvu que l'infraction sous-jacente comporte un acte dangereux, qu'elle ne soit pas une infraction de responsabilité absolue et qu'elle ne soit pas elle-même inconstitutionnelle: *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944. Mais on soulève en l'espèce une nouvelle objection. On allègue en effet l'inconstitutionnalité de l'infraction d'homicide involontaire coupable du fait qu'elle ne requiert que la prévisibilité du risque de lésions corporelles et non pas la prévisibilité de la mort. De plus, on prétend que c'est à tort que le juge du procès a exigé simplement la prévisibilité de lésions corporelles.

Il ressort de la jurisprudence que, outre l'*actus reus* et la *mens rea* liés à l'acte sous-jacent, tout ce qu'il faut pour fonder une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable est la prévi-

of bodily harm. While s. 222(5)(a) does not expressly require foreseeable bodily harm, it has been so interpreted: see *R. v. DeSousa, supra*. The unlawful act must be objectively dangerous, that is likely to injure another person. The law of unlawful act manslaughter has not, however, gone so far as to require foreseeability of death. The same is true for manslaughter predicated on criminal negligence; while criminal negligence, *infra*, requires a marked departure from the standards of a reasonable person in all the circumstances, it does not require foreseeability of death.

Certain early authorities suggest that foreseeability of the risk of bodily harm is not required for manslaughter. Blackstone wrote that "when an involuntary killing happens in consequence of an unlawful act . . . if no more was intended than a mere trespass, it will only amount to manslaughter" (Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1769), Book IV, at pp. 192-93). Others disagreed. Stephen, the author of the Canadian *Criminal Code*, defined manslaughter as "unlawful homicide", which in turn he defined as requiring, at a minimum, that the act was "likely to cause death or bodily harm" (Arts. 279, 278, reprinted in G. W. Burbidge, *Digest of the Criminal Law of Canada* (1980), at pp. 216, 215).

In more recent times, the prevailing view has been that foreseeability of bodily harm is required for manslaughter. In England, it was said in *R. v. Larkin*, [1943] 1 All E.R. 217 (C.C.A.), at p. 219, that the act must be "a dangerous act, that is, an act which is likely to injure another person". In *R. v. Tennant* (1975), 23 C.C.C. (2d) 80, at p. 96, the Ontario Court of Appeal stated that the unlawful act must be "such as any reasonable person would inevitably realize must subject another to the risk

sibilité raisonnable du risque de lésions corporelles. Bien que l'al. 222(5)a) ne pose pas expressément l'exigence de lésions corporelles prévisibles, c'est ainsi qu'il a été interprété: voir l'arrêt *R. c. DeSousa*, précité. L'acte illégal doit présenter un danger objectif, c'est-à-dire, être de nature à causer des blessures à une autre personne. Le droit en matière d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal ne va toutefois pas jusqu'à exiger la prévisibilité de la mort. Il en va de même de l'homicide involontaire coupable imputable à la négligence criminelle: quoique la négligence criminelle (voir l'analyse plus bas) nécessite un écart marqué par rapport aux normes qu'observerait dans toutes les circonstances une personne raisonnable, elle ne requiert pas la prévisibilité de la mort.

D'après certains vieux textes doctrinaux, la prévisibilité du risque de lésions corporelles n'est pas requise pour qu'il y ait homicide involontaire coupable. Blackstone a écrit en effet que [TRADUCTION] «quand un homicide involontaire arrive par suite d'un acte illégal [. . .], ce sera seulement un *manslaughter*, si cet acte n'avait pour but qu'une transgression purement civile» (Blackstone, *Commentaires sur les lois anglaises* (1823), Livre IV, aux pp. 532 et 533). Tous n'ont pas partagé cet avis. Ainsi Stephen, qui a rédigé le *Code criminel* du Canada, a défini l'homicide involontaire coupable comme étant un [TRADUCTION] «homicide illégal», lequel, selon sa définition, nécessite à tout le moins la perpétration d'un acte [TRADUCTION] «qui est de nature à causer la mort ou des lésions corporelles» (art. 279, 278, réimprimés dans G. W. Burbidge, *Digest of the Criminal Law of Canada* (1980), aux pp. 216, 215).

Plus récemment, l'opinion prédominante est qu'il doit y avoir prévisibilité de lésions corporelles pour qu'il y ait homicide involontaire coupable. En Angleterre, on a affirmé dans l'arrêt *R. c. Larkin*, [1943] 1 All E.R. 217 (C.C.A.), à la p. 219, que l'acte doit être [TRADUCTION] «dangereux, c'est-à-dire de nature à blesser une autre personne». Dans l'arrêt *R. c. Tennant* (1975), 23 C.C.C. (2d) 80, à la p. 96, la Cour d'appel de l'Ontario a dit que l'acte illégal doit être [TRADUCTION]

of, at least, some harm, albeit not serious harm". Similarly, in *R. v. Adkins* (1987), 39 C.C.C. (3d) 346 (B.C.C.A.), at p. 348, Hutcheon J.A. wrote, "the unlawful act was such as any reasonable person would inevitably realize must subject another to the risk of at least some harm".

This Court in *R. v. DeSousa*, *supra*, confirmed that a conviction for manslaughter requires that the risk of bodily harm have been foreseeable. After referring to the statement in *Larkin*, *supra*, that a "dangerous act" is required, Sopinka J. stated that English authority has consistently held that the underlying unlawful act required for manslaughter requires "proof that the unlawful act was 'likely to injure another person' or in other words put the bodily integrity of others at risk" (p. 959). Moreover, the harm must be more than trivial or transitory. The test set out by Sopinka J. (at p. 961) for the unlawful act required by s. 269 of the *Criminal Code* is equally applicable to manslaughter:

... the test is one of objective foresight of bodily harm for all underlying offences. The act must be both unlawful, as described above, and one that is likely to subject another person to danger of harm or injury. This bodily harm must be more than merely trivial or transitory in nature and will in most cases involve an act of violence done deliberately to another person. In interpreting what constitutes an objectively dangerous act, the courts should strive to avoid attaching penal sanctions to mere inadvertence. The contention that no dangerousness requirement is required if the unlawful act is criminal should be rejected. [Emphasis in original.]

So the test for the *mens rea* of unlawful act manslaughter in Canada, as in the United Kingdom, is (in addition to the *mens rea* of the underlying

«de telle nature que toute personne raisonnable se rendrait inévitablement compte qu'il fait courir à autrui à tout le moins le risque d'une blessure, bien qu'elle ne soit pas grave». De même, dans l'arrêt *R. c. Adkins* (1987), 39 C.C.C. (3d) 346 (C.A.C.-B.), à la p. 348, le juge Hutcheon a écrit que [TRADUCTION] «l'acte illégal était de telle nature que toute personne raisonnable le reconnaît inévitablement comme exposant une autre personne au risque au moins d'un certain préjudice».

Dans l'arrêt *R. c. DeSousa*, précité, notre Cour a confirmé qu'un verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable ne peut être rendu que si le risque de lésions corporelles était prévisible. Après avoir mentionné l'exigence d'un «acte dangereux» dont il est fait état dans l'arrêt *Larkin*, précité, le juge Sopinka a dit que la jurisprudence anglaise a toujours maintenu que l'acte illégal sous-jacent requis dans le cas de l'homicide involontaire coupable exige «la preuve que l'acte illégal était «de nature à blesser une autre personne» ou autrement dit mettait en danger l'intégrité physique d'autrui» (p. 959). Il doit s'agir en outre de lésions qui ne sont ni sans importance ni de nature passagère. Le critère énoncé par le juge Sopinka (à la p. 961) relativement à l'acte illégal exigé aux fins de l'art. 269 du *Code criminel* s'applique tout aussi bien à l'homicide involontaire coupable:

... le critère est celui de la prévision objective des lésions corporelles en ce qui concerne toutes les infractions sous-jacentes. L'acte doit être à la fois illégal, tel que ce terme a été défini plus haut, et de nature à soumettre une autre personne à un risque de préjudice ou de lésions corporelles. Ces lésions corporelles ne doivent pas être de nature passagère ou sans importance et doivent, dans la plupart des cas, comporter un acte violent commis délibérément à l'endroit d'autrui. Pour interpréter ce qui constitue un acte objectivement dangereux, les tribunaux doivent s'efforcer d'éviter de frapper de sanctions pénales la simple inadvertence. Il y a lieu de rejeter la prétention selon laquelle il n'est pas nécessaire que l'acte illégal qui constitue un crime soit dangereux. [Souligné dans l'original.]

Il s'ensuit qu'au Canada, comme au Royaume-Uni, le critère pour la détermination de la *mens rea* dans le cas de l'homicide involontaire coupable

offence) objective foreseeability of the risk of bodily harm which is neither trivial nor transitory, in the context of a dangerous act. Foreseeability of the risk of death is not required. The question is whether this test violates the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*.

2. *Constitutionality of the "Foresight of Bodily Harm" Test for Manslaughter*

Before venturing on analysis, I think it appropriate to introduce a note of caution. We are here concerned with a common law offence virtually as old as our system of criminal law. It has been applied in innumerable cases around the world. And it has been honed and refined over the centuries. Because of its residual nature, it may lack the logical symmetry of more modern statutory offences, but it has stood the practical test of time. Could all this be the case, one asks, if the law violates our fundamental notions of justice, themselves grounded in the history of the common law? Perhaps. Nevertheless, it must be with considerable caution that a twentieth century court approaches the invitation which has been put before us: to strike out, or alternatively, rewrite, the offence of manslaughter on the ground that this is necessary to bring the law into conformity with the principles of fundamental justice.

As I read the reasons of the Chief Justice, his conclusion that the offence of manslaughter as it stands is unconstitutional rests on two main concerns. First, it is his view that the gravity or seriousness of the offence of manslaughter, and in particular the stigma that attaches to it, requires a minimum *mens rea* of foreseeability of death. Second, considerations of symmetry between the element of mental fault and the consequences of the offence mandate this conclusion. I will deal with each concern in turn.

résultant d'un acte illégal est (outre l'existence de la *mens rea* requise pour l'infraction sous-jacente) celui de la prévisibilité objective (dans le contexte d'un acte dangereux) du risque de lésions corporelles qui ne sont ni sans importance ni de nature passagère. La prévisibilité du risque de mort n'est pas nécessaire. La question est donc de savoir si ce critère viole les principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte*.

2. *La constitutionnalité du critère de la «prévision de lésions corporelles» dans le cas de l'homicide involontaire coupable*

Avant d'entamer l'analyse, je crois qu'une mise en garde est indiquée. Nous traitons ici d'une infraction de common law qui existe presque depuis les débuts de notre système de droit criminel. Elle a fait l'objet d'innombrables poursuites dans le monde entier et a été peaufinée et perfectionnée au fil des siècles. Vu son caractère résiduel, il lui manque peut-être la symétrie logique qui caractérise les infractions plus modernes prévues par la loi, mais, sur le plan pratique, elle a su résister au passage du temps. Or, pourrait-il en être ainsi, se demandera-t-on, si elle allait à l'encontre de nos notions fondamentales de justice, qui remontent elles-mêmes loin dans l'histoire de la common law? Peut-être. Ce ne doit toutefois être qu'avec une très grande circonspection qu'un tribunal du XX^e siècle aborde l'invitation qui nous est faite: abolir ou encore reformuler l'infraction d'homicide involontaire coupable au motif que cela s'impose pour assurer la conformité du droit avec les principes de justice fondamentale.

Selon mon interprétation des motifs du Juge en chef, sa conclusion à l'inconstitutionnalité de l'infraction d'homicide involontaire coupable dans sa forme actuelle repose principalement sur deux considérations. En premier lieu, il estime que la gravité de cette infraction et, en particulier, les stigmates qui s'y rattachent requièrent tout au moins, pour fonder la *mens rea*, qu'il y ait prévisibilité de la mort. En second lieu, cette conclusion est commandée par la nécessité de correspondance entre l'élément de faute morale et les conséquences de l'infraction. J'aborderai tour à tour chacune de ces considérations.

(a) Gravity of the Offence

A number of concepts fall under this head. Three of them figure among the four factors relevant to determining the constitutionality of a *mens rea* requirement, as set out by this Court in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633:

1. The stigma attached to the offence, and the available penalties requiring a *mens rea* reflecting the particular nature of the crime;
2. Whether the punishment is proportionate to the moral blameworthiness of the offender; and
3. The idea that those causing harm intentionally must be punished more severely than those causing harm unintentionally.

The Chief Justice in his reasons places considerable emphasis on the first factor of stigma. He argues that "there may well be no difference between the *actus reus* of manslaughter and that of murder; arguably both give rise to the stigma of being labelled by the state and the community as responsible for the wrongful death of another" (p. 19). But later in his reasons (at p. 20) he concedes that "the stigma which attaches to a conviction for unlawful act manslaughter", while "significant. . . does not approach the opprobrium reserved in our society for those who knowingly or intentionally take the life of another" (emphasis is original). The Chief Justice goes on to observe that "[i]t is for this reason that manslaughter developed as a separate offence from murder at common law." Nevertheless, in the end the Chief Justice concludes that the "constitutional imperative", taken with other factors, requires a minimum *mens rea* of foreseeability of the risk of death, suggesting that stigma may remain an important factor in his reasoning.

a) La gravité de l'infraction

Sous cette rubrique peuvent être rangés plusieurs concepts, dont trois qui figurent parmi les quatre facteurs à prendre en considération pour déterminer la constitutionnalité d'une exigence de *mens rea*. Ces facteurs ont été énoncés par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633:

1. Les stigmates résultant de l'infraction ainsi que les peines pouvant être infligées exigent une *mens rea* qui reflète la nature particulière du crime.
2. La peine doit être proportionnée à la culpabilité morale du délinquant.
3. Ceux qui causent un préjudice intentionnellement doivent être punis plus sévèrement que ceux qui le font involontairement.

Dans ses motifs, le Juge en chef insiste beaucoup sur le premier facteur que sont les stigmates. D'après lui, «[i]l se peut bien qu'[...] il n'y ait aucune différence entre l'*actus reus* de l'homicide involontaire coupable et celui du meurtre. On peut prétendre en effet que l'un et l'autre donnent lieu aux stigmates qui découlent du fait de se voir caractériser, par l'État et par la collectivité, comme étant responsable de la mort illicite d'une autre personne» (p. 19). Il reconnaît toutefois, plus loin dans ses motifs, à la p. 20, que «les stigmates rattachés à la déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, quoique considérables, se situent bien en deçà de l'opprobre que s'attirent dans notre société les gens qui sciemment ou intentionnellement ôtent la vie à une autre personne» (souligné dans l'original). Le Juge en chef poursuit en faisant remarquer que «[c]'est pour cette raison d'ailleurs que l'homicide involontaire coupable a évolué en common law comme infraction distincte du meurtre». Il finit néanmoins par conclure que l'«impératif constitutionnel», ajouté à d'autres facteurs, commande comme *mens rea* minimale la prévisibilité du risque de mort, ce qui porte à croire que les stigmates continuent peut-être à constituer un élément important de son raisonnement.

To the extent that stigma is relied on as requiring foreseeability of the risk of death in the offence of manslaughter, I find it unconvincing. The most important feature of the stigma of manslaughter is the stigma which is not attached to it. The *Criminal Code* confines manslaughter to non-intentional homicide. A person convicted of manslaughter is not a murderer. He or she did not intend to kill someone. A person has been killed through the fault of another, and that is always serious. But by the very act of calling the killing manslaughter the law indicates that the killing is less blameworthy than murder. It may arise from negligence, or it may arise as the unintended result of a lesser unlawful act. The conduct is blameworthy and must be punished, but its stigma does not approach that of murder.

To put it another way, the stigma attached to manslaughter is an appropriate stigma. Manslaughter is not like constructive murder, where one could say that a person who did not in fact commit murder might be inappropriately branded with the stigma of murder. The stigma associated with manslaughter is arguably exactly what it should be for an unintentional killing in circumstances where risk of bodily harm was foreseeable. There is much common sense in the following observation:

The offender has killed, and it does not seem wrong in principle that, when he is far from blameless, he should be convicted of an offence of homicide. To some extent it must be an intuitive conclusion, but it does not seem too difficult to argue that those who kill, and who are

Pour autant que les stigmates soient considérés comme nécessitant la prévisibilité du risque de mort dans le cas de l'infraction d'homicide involontaire coupable, je tiens ce raisonnement pour peu convaincant. Quand on parle de stigmates dans le contexte de l'homicide involontaire coupable, ce qui importe le plus ce sont ceux qui ne se rattachent pas à cette infraction. En effet, aux termes du *Code criminel*, l'homicide involontaire coupable se limite à l'homicide non intentionnel. Quiconque est déclaré coupable d'homicide involontaire coupable n'est pas un meurtrier. Cette personne n'a pas eu l'intention de tuer qui que ce soit. Il s'agit certes de la mort d'une personne causée par la faute d'autrui, ce qui est toujours grave. Mais le fait même que l'acte soit qualifié d'homicide involontaire coupable révèle que, sur le plan juridique, cet homicide est moins répréhensible que le meurtre. L'homicide en question peut résulter de la négligence ou être la conséquence non intentionnelle d'un acte illégal moins grave. C'est une conduite répréhensible qui doit être sanctionnée, mais les stigmates s'y rattachant demeurent bien en deçà de ceux qu'entraîne le meurtre.

En d'autres termes, les stigmates rattachés à l'homicide involontaire coupable sont ceux qui conviennent à cette infraction. L'homicide involontaire coupable est à distinguer d'avec le cas du meurtre par imputation, où l'on pourrait dire qu'une personne qui en fait n'a pas commis de meurtre risquerait de subir à tort les stigmates découlant de ce crime. Il est donc possible de soutenir que les stigmates liés à l'homicide involontaire coupable sont précisément ceux qui devraient résulter d'un homicide non intentionnel dans des circonstances où le risque de lésions corporelles était prévisible. À ce propos, les observations suivantes sont très sensées:

[TRADUCTION] Le contrevenant a commis un homicide et, quand il est loin d'être sans reproche, il ne semble y avoir, sur le plan des principes, rien qui s'oppose à ce qu'il soit reconnu coupable d'une infraction d'homicide. Dans une certaine mesure, cette conclusion doit reposer sur l'intuition, mais il ne semble pas particulièrement difficile de soutenir qu'il convient, dans le cas d'une personne qui a tué quelqu'un et qui sera de toute façon déclarée coupable d'une infraction quelconque, de ren-

going to be convicted of something, should be convicted of homicide. That, after all, is what they have done.

(Adrian Briggs, "In Defence of Manslaughter", [1983] *Crim. L.R.* 764, at p. 765.)

It would shock the public's conscience to think that a person could be convicted of manslaughter absent any moral fault based on foreseeability of harm. Conversely, it might well shock the public's conscience to convict a person who has killed another only of aggravated assault—the result of requiring foreseeability of death—on the sole basis that the risk of death was not reasonably foreseeable. The terrible consequence of death demands more. In short, the *mens rea* requirement which the common law has adopted—foreseeability of harm—is entirely appropriate to the stigma associated with the offence of manslaughter. To change the *mens rea* requirement would be to risk the very disparity between *mens rea* and stigma of which the appellant complains.

I come then to the second factor mentioned in *Martineau*, the relationship between the punishment for the offence and the *mens rea* requirement. Here again, the offence of manslaughter stands in sharp contrast to the offence of murder. Murder entails a mandatory life sentence; manslaughter carries with it no minimum sentence. This is appropriate. Because manslaughter can occur in a wide variety of circumstances, the penalties must be flexible. An unintentional killing while committing a minor offence, for example, properly attracts a much lighter sentence than an unintentional killing where the circumstances indicate an awareness of risk of death just short of what would be required to infer the intent required for murder. The point is, the sentence can be and is tailored to

dre un verdict de culpabilité d'homicide, car c'est précisément là, après tout, l'infraction qui a été commise.

(Adrian Briggs, «In Defence of Manslaughter», [1983] *Crim. L.R.* 764, à la p. 765.)

La conscience publique serait choquée à la pensée qu'une personne pourrait être reconnue coupable d'homicide involontaire coupable en l'absence de toute faute morale fondée sur la prévisibilité d'un préjudice. Inversement, la conscience publique pourrait bien être choquée également si la personne qui a commis un homicide ne se voyait déclarer coupable que de voies de fait graves—conséquence de l'exigence de la prévisibilité de la mort—au seul motif que le risque de mort n'était pas raisonnablement prévisible. La conséquence affreuse qu'est la mort exige davantage. En bref, l'exigence en matière de *mens rea* qu'a adoptée la common law, à savoir la prévisibilité d'un préjudice, convient parfaitement aux stigmates rattachés à l'infraction d'homicide involontaire coupable. Changer la *mens rea* exigée serait courir le risque de créer précisément la disproportion de la *mens rea* et des stigmates, dont se plaint l'appelant.

Passons donc maintenant au deuxième facteur évoqué dans l'arrêt *Martineau*, soit le rapport entre la peine prévue pour l'infraction et la *mens rea* requise. Ici également, l'infraction d'homicide involontaire coupable diffère nettement de celle de meurtre. Celui-ci entraîne une peine obligatoire d'emprisonnement à perpétuité tandis que l'homicide involontaire coupable ne comporte aucune peine minimale. Cela est bien. Puisque l'homicide involontaire coupable peut se commettre dans des circonstances des plus diverses, il doit y avoir souplesse quant aux peines. C'est à juste titre, par exemple, qu'un homicide non intentionnel commis lors de la perpétration d'une infraction mineure donne lieu à une peine beaucoup moins sévère que celle entraînée par l'homicide non intentionnel perpétré dans des circonstances témoignant d'une conscience du risque de mort qui reste juste en deçà de ce qu'il faudrait pour conclure à l'existence de l'intention requise pour un meurtre. Tout cela pour dire que la peine peut être adaptée pour tenir compte du degré de faute morale chez le contrevenant, et c'est ce qui se passe dans les faits.

suit the degree of moral fault of the offender. This Court acknowledged this in *Martineau*, at p. 647:

The more flexible sentencing scheme under a conviction for manslaughter is in accord with the principle that punishment be meted out with regard to the level of moral blameworthiness of the offender.

It follows that the sentence attached to manslaughter does not require elevation of the degree of *mens rea* for the offence.

This brings me to the third factor relating to the gravity of the offence set out in *Martineau*, the principle that those causing harm intentionally must be punished more severely than those causing harm unintentionally. As noted, this principle is strictly observed in the case of manslaughter. It is by definition an unintentional crime. Accordingly, the penalties imposed are typically less than for its intentional counterpart, murder.

I conclude that the standard of *mens rea* required for manslaughter is appropriately tailored to the seriousness of the offence.

(b) Symmetry Between the Element of Fault and the Consequences of the Offence

The Chief Justice correctly observes that the criminal law has traditionally aimed at symmetry between the *mens rea* and the prohibited consequences of the offence. The *actus reus* generally consists of an act bringing about a prohibited consequence, e.g. death. Criminal law theory suggests that the accompanying *mens rea* must go to the prohibited consequence. The moral fault of the accused lies in the act of bringing about that consequence. The Chief Justice reasons from this proposition that since manslaughter is an offence involving the prohibited act of killing another, a *mens rea* of foreseeability of harm is insufficient; what is required is foreseeability of death.

Notre Cour l'a reconnu d'ailleurs dans l'arrêt *Martineau*, à la p. 647:

Le régime plus souple de détermination de la peine suite à une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable est conforme au principe que la peine doit être imposée en fonction du niveau de culpabilité morale du délinquant.

Il s'ensuit donc que la peine sanctionnant l'homicide involontaire coupable ne nécessite pas un degré plus élevé de *mens rea* pour cette infraction.

Voilà qui m'amène au troisième facteur concernant la gravité de l'infraction énoncé dans l'arrêt *Martineau*. Il s'agit du principe selon lequel les personnes qui causent intentionnellement un préjudice méritent une peine plus sévère que les personnes qui le font involontairement. Comme je l'ai fait remarquer, ce principe est strictement observé dans le cas de l'homicide involontaire coupable, lequel est, par définition, un crime sans élément intentionnel. Par conséquent, les peines infligées sont normalement moins sévères que celles sanctionnant le meurtre, qui est son équivalent intentionnel.

Je conclus que le degré de *mens rea* requis pour l'homicide involontaire coupable est bien adapté à la gravité de l'infraction.

b) La correspondance entre l'élément de faute et les conséquences de l'infraction

Le Juge en chef fait observer à juste titre que le droit criminel a traditionnellement visé la correspondance entre la *mens rea* et les conséquences proscrites de l'infraction. L'*actus reus* revêt généralement la forme d'un acte qui entraîne une conséquence interdite, p. ex. la mort. D'après la théorie du droit criminel, la *mens rea* concomitante doit porter sur la conséquence interdite. La faute morale de l'accusé découle de l'accomplissement de l'acte ayant cette conséquence. Partant de cette proposition, le Juge en chef conclut que, comme l'infraction d'homicide involontaire coupable consiste dans l'acte prohibé de tuer une autre personne, il ne suffit pas d'une *mens rea* fondée sur la prévisibilité d'un préjudice; ce qui est exigé c'est la prévisibilité de la mort.

The conclusion that the offence of manslaughter is unconstitutional because it does not require appreciation of the consequential risk of death rests on two propositions: (1) that risk of bodily harm is appreciably different from risk of death in the context of manslaughter; and (2) that the principle of absolute symmetry between *mens rea* and each consequence of a criminal offence is not only a general rule of criminal law, but a principle of fundamental justice which sets a constitutional minimum. In my view, neither of these propositions is free from doubt.

I turn first to the distinction between appreciation of the risk of bodily harm and the risk of death in the context of manslaughter. In my view, when the risk of bodily harm is combined with the established rule that a wrongdoer must take his victim as he finds him and the fact that death did in fact occur, the distinction disappears. The accused who asserts that the risk of death was not foreseeable is in effect asserting that a normal person would not have died in these circumstances, and that he could not foresee the peculiar vulnerability of the victim. Therefore, he says, he should be convicted only of assault causing bodily harm or some lesser offence. This is to abrogate the thin-skull rule that requires that the wrong-doer take his victim as he finds him. Conversely, to combine the test of reasonable foreseeability of bodily harm with the thin-skull rule is to mandate that in some cases, foreseeability of the risk of bodily harm alone will properly result in a conviction for manslaughter.

What the appellant asks us to do, then, is to abandon the "thin-skull" rule. It is this rule which, on analysis, is alleged to be unjust. Such a conclusion I cannot accept. The law has consistently set its face against such a policy. It decrees that the

La conclusion à l'inconstitutionnalité de l'infraction d'homicide involontaire coupable parce qu'elle n'exige pas que l'auteur se rende compte du risque de mort qu'elle comporte repose sur les deux propositions suivantes: (1) que le risque de lésions corporelles diffère sensiblement du risque de mort dans le contexte de l'homicide involontaire coupable, et (2) que le principe de la correspondance parfaite entre la *mens rea* et chacune des conséquences d'une infraction criminelle constitue non seulement une règle générale de droit criminel, mais aussi un principe de justice fondamentale qui représente le strict minimum sur le plan constitutionnel. Selon moi, chacune de ces propositions est sujette à caution.

Traisons d'abord de la distinction, dans le contexte de l'homicide involontaire coupable, entre le fait d'apprécier le risque de lésions corporelles et le fait d'apprécier le risque de mort. À mon avis, cette distinction s'évanouit lorsque le risque de lésions corporelles est associé à la règle établie selon laquelle l'auteur du méfait doit prendre sa victime comme elle est et au fait que la mort est effectivement survenue. L'accusé qui allègue l'imprévisibilité du risque de mort affirme en réalité qu'une personne normale ne serait pas morte dans les circonstances en question et qu'il lui a été impossible de prévoir la vulnérabilité particulière de la victime. Il prétend, en conséquence, ne devoir être déclaré coupable que de voies de fait causant des lésions corporelles ou de quelque infraction moins grave. Or, cela revient à écarter la règle de la vulnérabilité de la victime, qui veut que l'auteur du méfait doive prendre sa victime comme elle est. Inversement, le critère de la prévisibilité raisonnable de lésions corporelles et la règle de la vulnérabilité de la victime, pris ensemble, auraient pour effet que, dans certains cas, la seule prévisibilité du risque de lésions corporelles fonderait légitimement un verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable.

L'appelant nous demande donc d'abandonner la règle de la «vulnérabilité de la victime». C'est cette règle que, après analyse, il prétend injuste. Or, je ne puis admettre pareille conclusion, qui a été uniformément rejetée en droit. Le droit veut en

aggressor must take his victim as he finds him. Lord Ellenborough C.J. discussed the principle nearly two centuries ago:

He who deals in a perilous article must be wary how he deals, otherwise, if he observe not proper caution, he will be responsible. . . [I]t [is] an universal principle, that when a man is charged with doing an act, of which the probable consequence may be highly injurious, the intention is an inference of law resulting from the doing the act. . .

(*R. v. Dixon* (1814), 3 M. & S. 11, 105 E.R. 516, at p. 517; approved, *per* Blackburn J., *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360, at p. 375, and *per* Amphlett J.A., *R. v. Aspinall* (1876), 2 Q.B.D. 48, at p. 65.)

Stephen J. illustrated the principle in similar fashion in *R. v. Serné* (1887), 16 Cox 311, at p. 313:

. . . when a person began doing wicked acts for his own base purposes, he risked his own life as well as that of others. That kind of crime does not differ in any serious degree from one committed by using a deadly weapon, such as a bludgeon, a pistol, or a knife. If a man once begins attacking the human body in such a way, he must take the consequences if he goes further than he intended when he began.

The principle that if one engages in criminal behaviour, one is responsible for any unforeseen actions stemming from the unlawful act, has been a well-established tenet for most of this century in Canada, the U.S. and the U.K.: G. A. Martin, "Case Comment on *R. v. Larkin*" (1943), 21 *Can. Bar Rev.* 503, at pp. 504-5; *Smithers v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 506; *R. v. Cole* (1981), 64 C.C.C. (2d) 119, at p. 127 (Ont. C.A.) (Lacourcière J.A.); *R. v. Tennant*, *supra*, at pp. 96-97; *R. v. Lelievre*, [1962] O.R. 522, at p. 529 (C.A.) (Laidlaw J.A.); *R. v. Adkins*, *supra*, at pp. 349-56; *R. v. Cato* (1975), 62 Cr. App. R. 41 (C.A.); *Director of Public Prosecutions v. Newbury* (1976), 62 Cr. App. R. 291 (H.L.); see also *R. v. Fraser* (1984), 16 C.C.C. (3d) 250, at pp. 256-57 (N.S.C.A.) (Jones J.A.);

effet que l'agresseur doit prendre sa victime telle qu'elle est. Et c'est là un principe dont le juge en chef lord Ellenborough a traité il y a près de deux cents ans:

[TRADUCTION] Quiconque manie un article dangereux doit faire attention à la manière dont il s'y prend, car, s'il ne fait pas preuve de la prudence nécessaire, il se verra tenu pour responsable [. . .] [I] est un principe universel qui veut que, quand un homme est accusé d'un acte dont la conséquence probable risque d'être hautement préjudiciable, l'intention se dégage, par voie d'inférence de droit, de la perpétration de l'acte. . .

(*R. c. Dixon* (1814), 3 M. & S. 11, 105 E.R. 516, à la p. 517; décision approuvée par le juge Blackburn dans *R. c. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360, à la p. 375, et par le juge Amphlett dans *R. c. Aspinall* (1876), 2 Q.B.D. 48, à la p. 65.)

Le juge Stephen a donné une illustration analogue du principe dans l'affaire *R. c. Serné* (1887), 16 Cox 311, à la p. 313:

[TRADUCTION] . . . quand une personne commence à commettre des actes méchants à ses viles fins personnelles, il met en jeu sa propre vie ainsi que celle d'autrui. Ce type de crime ne présente aucune différence marquée d'avec celui commis par l'emploi d'une arme meurtrière, comme une matraque, un pistolet ou un couteau. L'homme qui en attaque un autre en se servant d'une telle arme doit en supporter les conséquences s'il va plus loin qu'il n'en avait eu l'intention au départ.

Le principe selon lequel la personne qui se livre à une conduite criminelle est responsable de tout acte imprévu résultant de l'acte illégal a été bien établi au Canada, aux États-Unis et au Royaume-Uni pendant la majeure partie de notre siècle: G. A. Martin, «Case Comment on *R. v. Larkin*» (1943), 21 *R. du B. can.* 503, aux pp. 504 et 505; *Smithers c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 506; *R. c. Cole* (1981), 64 C.C.C. (2d) 119, à la p. 127 (C.A. Ont.) (le juge Lacourcière); *R. c. Tennant*, précité, aux pp. 96 et 97; *R. c. Lelievre*, [1962] O.R. 522, à la p. 529 (C.A.) (le juge Laidlaw); *R. c. Adkins*, précité, aux pp. 349 à 356; *R. c. Cato* (1975), 62 Cr. App. R. 41 (C.A.); *Director of Public Prosecutions c. Newbury* (1976), 62 Cr. App. R. 291 (H.L.); voir aussi *R. c. Fraser* (1984), 16 C.C.C.

W. R. LaFave and A. W. Scott, *Substantive Criminal Law*, vol. 2 (1986), at pp. 286-99. For the American position, see *United States v. Robertson*, 19 C.M.R. 102 (1955) (C.M.A.); *Tucker v. Commonwealth*, 303 Ky. 864 (1947); *Nelson v. State*, 58 Ga. App. 243 (1938); *Rutledge v. State*, 41 Ariz. 48 (1932).

In *Smithers v. The Queen*, *supra*, at pp. 521-22, Dickson J., writing for a unanimous Court, confirmed this principle:

It is a well-recognized principle that one who assaults another must take his victim as he finds him. . . .

Although causation in civil cases differs from that in a criminal case, the "thin skulled man" may appear in the criminal law as in the civil law. . . . Even if the unlawful act, alone, would not have caused the death, it was still a legal cause so long as it contributed in some way to the death.

The thin-skull rule is a good and useful principle. It requires aggressors, once embarked on their dangerous course of conduct which may foreseeably injure others, to take responsibility for all the consequences that ensue, even to death. That is not, in my view, contrary to fundamental justice. Yet the consequence of adopting the amendment proposed by the Chief Justice would be to abrogate this principle in cases of manslaughter.

In fact, when manslaughter is viewed in the context of the thin-skull principle, the disparity diminishes between the *mens rea* of the offence and its consequence. The law does not posit the average victim. It says the aggressor must take the victim as he finds him. Wherever there is a risk of harm, there is also a practical risk that some victims may die as a result of the harm. At this point, the test of harm and death merge.

(3d) 250, aux pp. 256 et 257 (C.A.N.-É.) (le juge Jones); W. R. LaFave et A. W. Scott, *Substantive Criminal Law*, vol. 2 (1986), aux pp. 286 à 299. Pour le point de vue américain, voir *United States c. Robertson*, 19 C.M.R. 102 (1955) (C.M.A.); *Tucker c. Commonwealth*, 303 Ky. 864 (1947); *Nelson c. State*, 58 Ga. App. 243 (1938); *Rutledge c. State*, 41 Ariz. 48 (1932).

Dans l'arrêt *Smithers c. La Reine*, précité, aux pp. 521 et 522, le juge Dickson, qui a rédigé les motifs unanimes de la Cour, a confirmé ce principe:

C'est un principe bien connu que celui qui commet des voies de fait sur une autre personne doit prendre sa victime comme il la trouve. . . .

Bien que la causalité diffère dans les affaires civiles et les affaires criminelles, on peut rencontrer «l'homme au crâne fragile» en droit criminel comme en matières civiles. [. . .] Même si l'acte illégal n'avait pas à lui seul causé la mort, il en constituerait quand même une cause juridique dès lors qu'il y avait contribué de quelque façon.

Le principe de la vulnérabilité de la victime est à la fois bon et utile. Il oblige les agresseurs, une fois lancés dans une conduite dangereuse qui pourra d'une manière prévisible causer des blessures à autrui, à endosser la responsabilité de toutes les conséquences, y compris la mort. Voilà qui, selon moi, ne va nullement à l'encontre de la justice fondamentale. Pourtant, l'adoption de la modification que propose le Juge en chef entraînerait l'abrogation de ce principe dans les cas d'homicide involontaire coupable.

En fait, quand on considère l'homicide involontaire coupable dans le contexte du principe de la vulnérabilité de la victime, la disproportion entre la *mens rea* de l'infraction et les conséquences de sa perpétration s'amointrit. Le droit n'envisage pas la victime moyenne. La règle veut en effet que l'agresseur doive prendre la victime telle qu'elle est. Du moment qu'il y a un risque de préjudice corporel, il existe en même temps le risque pratique que certaines victimes ne meurent par suite de ce préjudice. C'est là que se confondent le critère du préjudice et celui de la mort.

The second assumption inherent in the argument based on symmetry between *mens rea* and each consequence of the offence is that this is not only a general rule of criminal law, but a principle of fundamental justice—a basic constitutional requirement. I agree that as a general rule the *mens rea* of an offence relates to the consequences prohibited by the offence. As I stated in *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5, at p. 17, “[t]ypically, *mens rea* is concerned with the consequences of the prohibited *actus reus*.” Yet our criminal law contains important exceptions to this ideal of perfect symmetry. The presence of these exceptions suggests that the rule of symmetry is just that—a rule—to which there are exceptions. If this is so, then the rule cannot be elevated to the status of a principle of fundamental justice which must, by definition, have universal application.

It is important to distinguish between criminal law theory, which seeks the ideal of absolute symmetry between *actus reus* and *mens rea*, and the constitutional requirements of the *Charter*. As the Chief Justice has stated several times, “the Constitution does not always guarantee the ‘ideal’” (*R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 142; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at p. 186; *R. v. Finlay*, [1993] 3 S.C.R. 103, released concurrently, at p. 114).

I know of no authority for the proposition that the *mens rea* of an offence must always attach to the precise consequence which is prohibited as a matter of constitutional necessity. The relevant constitutional principles have been cast more broadly. No person can be sent to prison without *mens rea*, or a guilty mind, and the seriousness of the offence must not be disproportionate to the degree of moral fault. Provided an element of mental fault or moral culpability is present, and provided that it is proportionate to the seriousness

L’argument fondé sur la correspondance entre la *mens rea* et chacune des conséquences de l’infraction suppose en second lieu qu’il s’agit non pas simplement d’une règle générale de droit criminel, mais d’un principe de justice fondamentale—d’une exigence constitutionnelle de base. Je conviens qu’en règle générale la *mens rea* d’une infraction se rapporte aux conséquences interdites de sa perpétration. Comme je le dis dans l’arrêt *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5, à la p. 17: «[h]abituellement, la *mens rea* porte sur les conséquences de l’*actus reus* prohibé.» Il reste cependant que notre droit criminel renferme d’importantes exceptions à cet idéal de correspondance parfaite, exceptions qui, de par leur existence, indiquent que la règle de la correspondance n’est rien de plus ni de moins que cela—une règle—qui comporte certaines exceptions. S’il en est ainsi, on ne saurait élever cette règle au rang d’un principe de justice fondamentale qui, par définition, doit s’appliquer universellement.

Il importe de faire une distinction entre la théorie du droit criminel, qui recherche l’idéal d’une correspondance absolue entre l’*actus reus* et la *mens rea*, et les exigences constitutionnelles que pose la *Charte*. Ainsi que l’a dit à plusieurs reprises le Juge en chef, «la Constitution ne garantit pas toujours la situation «idéale»» (*R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, à la p. 142; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, à la p. 186; *R. c. Finlay*, [1993] 3 R.C.S. 103, rendu simultanément, à la p. 114).

À ma connaissance, rien n’appuie la proposition selon laquelle la *mens rea* d’une infraction doit toujours, par nécessité constitutionnelle, se rattacher à la conséquence précise prohibée. Les principes constitutionnels applicables sont de portée plus générale. Nul ne peut se voir infliger une peine d’emprisonnement en l’absence de *mens rea* ou d’une intention coupable, et il ne doit pas y avoir de disproportion entre la gravité de l’infraction et le degré de faute morale. Pourvu qu’il existe un élément de faute morale ou de culpabilité morale et à condition que cette faute ou culpabilité soit proportionnelle à la gravité et aux consé-

and consequences of the offence charged, the principles of fundamental justice are satisfied.

The principles of fundamental justice, viewed thus, empower Parliament to recognize that; notwithstanding the same level of moral fault, some offences may be more or less serious, depending on the consequences of the culpable act. As Macdonald J.A. put it in *R. v. Brooks* (1988), 41 C.C.C. (3d) 157 (B.C.C.A.), at p. 161:

Our criminal law has always recognized that the consequences of an unlawful act may affect the degree of culpability. The most noteworthy examples are attempts. They are always regarded less seriously than commission of the full offence. But the moral blameworthiness is identical.

Thus it cannot be said that the law in all circumstances insists on absolute symmetry between the *mens rea* and the consequences of the offence. Sometimes it does not insist on the consequences at all, as in crimes of attempts. Sometimes, as in unlawful act manslaughter, it elevates the crime by reason of its serious consequences while leaving the mental element the same.

Just as it would offend fundamental justice to punish a person who did not intend to kill for murder, so it would equally offend common notions of justice to acquit a person who has killed another of manslaughter and find him guilty instead of aggravated assault on the ground that death, as opposed to harm, was not foreseeable. Consequences can be important. As Sopinka J. put it in *R. v. DeSousa* (at pp. 966-67):

quences de l'infraction en question, les principes de justice fondamentale auront été respectés.

Ainsi considérés, les principes de justice fondamentale habilite le législateur fédéral à reconnaître qu'en dépit de l'égalité de faute morale, certaines infractions peuvent être plus ou moins graves, selon les conséquences de l'acte coupable. Comme l'a dit le juge Macdonald dans l'arrêt *R. c. Brooks* (1988), 41 C.C.C. (3d) 157 (C.A.C.-B.), à la p. 161:

[TRADUCTION] Notre droit criminel a toujours reconnu que les conséquences d'un acte illégal peuvent influencer sur le degré de culpabilité. Les exemples les plus notables sont les tentatives de commettre des infractions. La tentative est toujours tenue pour moins grave que la perpétration effective de l'infraction. La culpabilité morale est cependant identique.

On ne saurait donc affirmer qu'une correspondance absolue entre la *mens rea* et les conséquences de l'infraction s'impose en droit dans toutes les circonstances. Parfois, pour les crimes de tentative, par exemple, aucune importance n'est attachée aux conséquences. Parfois aussi, comme dans le cas de l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, la gravité de l'infraction est augmentée en raison de la gravité de ses conséquences, quoique l'élément moral demeure inchangé.

De même que ce serait choquer la justice fondamentale que de frapper de la peine prévue pour le meurtre une personne qui n'a pas eu l'intention de commettre d'homicide, de même, ce serait contraire aux notions courantes de justice de déclarer non coupable d'homicide involontaire coupable une personne qui a ôté la vie à autrui et de la reconnaître coupable plutôt de voies de fait graves au motif que la mort, à la différence du préjudice corporel, n'était pas prévisible. Les conséquences peuvent être importantes. Ainsi que l'a dit le juge Sopinka dans l'arrêt *R. c. DeSousa*, précité, aux pp. 966 et 967:

No principle of fundamental justice prevents Parliament from treating crimes with certain consequences as more serious than crimes which lack those consequences.

Aucun principe de justice fondamentale n'empêche le législateur de considérer les crimes entraînant certaines conséquences comme plus graves que les crimes qui n'en entraînent pas.

Conduct may fortuitously result in more or less serious consequences depending on the circumstances in which the consequences arise. The same act of assault may injure one person but not another. The implicit rationale of the law in this area is that it is acceptable to distinguish between criminal responsibility for equally reprehensible acts on the basis of the harm that is actually caused. This is reflected in the creation of higher maximum penalties for offences with more serious consequences. Courts and legislators acknowledge the harm actually caused by concluding that in otherwise equal cases a more serious consequence will dictate a more serious response.

Thus when considering the constitutionality of the requirement of foreseeability of bodily harm, the question is not whether the general rule of symmetry between *mens rea* and the consequences prohibited by the offence is met, but rather whether the fundamental principle of justice is satisfied that the gravity and blameworthiness of an offence must be commensurate with the moral fault engaged by that offence. Fundamental justice does not require absolute symmetry between moral fault and the prohibited consequences. Consequences, or the absence of consequences, can properly affect the seriousness with which Parliament treats specified conduct.

3. Policy Considerations

I have suggested that jurisprudential and historic considerations confirm a test for the *mens rea* of manslaughter based on foreseeability of the risk of bodily injury, rather than death. I have also argued that the considerations of the gravity of the offence and symmetry between the *mens rea* of the offence and its consequences do not entail the conclusion that the offence of manslaughter as it has been historically defined in terms of foreseeability of the risk of bodily harm is unconstitutional. It is my view that policy considerations support the same

Une conduite peut entraîner fortuitement des conséquences plus ou moins graves selon les circonstances dans lesquelles elles se produisent. La même agression peut causer une blessure à une personne, mais non à une autre. Le droit dans ce domaine repose sur le principe implicite qu'il est acceptable d'établir une distinction quant à la responsabilité criminelle entre des actes également répréhensibles en fonction du préjudice qui est effectivement causé. Ce principe s'exprime par la condamnation à des peines maximales plus sévères dans le cas des infractions dont les conséquences sont plus graves. Les tribunaux et le législateur reconnaissent le préjudice effectivement causé en concluant que, pour des cas égaux par ailleurs, une conséquence plus grave commande une réaction plus sérieuse.

Donc, en se penchant sur la constitutionnalité de l'exigence de la prévisibilité de lésions corporelles, on doit se demander non pas si la règle générale de la correspondance entre la *mens rea* et les conséquences prohibées de l'infraction a été respectée, mais bien s'il y a conformité avec le principe de justice fondamentale selon lequel la gravité et le caractère blâmable d'une infraction doivent correspondre à la faute morale liée à cette infraction. La justice fondamentale n'exige pas la symétrie absolue de la faute morale et des conséquences prohibées. Les conséquences, ou leur absence, peuvent légitimement avoir une incidence sur la gravité que prête le législateur à une conduite déterminée.

3. Considérations de principe

J'ai déjà indiqué que certaines considérations d'ordre jurisprudentiel et historique viennent confirmer, pour la *mens rea* de l'homicide involontaire coupable, un critère fondé sur la prévisibilité du risque de lésions corporelles plutôt que de la mort. J'ai soutenu également que les considérations que sont la gravité de l'infraction et la correspondance entre la *mens rea* de l'infraction et ses conséquences ne mènent pas à conclure à l'inconstitutionnalité de l'infraction d'homicide involontaire coupable telle qu'elle a été historiquement définie

conclusion. In looking at whether a long-standing offence violates the principles of fundamental justice it is not amiss, in my view, to look at such considerations.

First, the need to deter dangerous conduct which may injure others and in fact may kill the peculiarly vulnerable supports the view that death need not be objectively foreseeable, only bodily injury. To tell people that if they embark on dangerous conduct which foreseeably may cause bodily harm which is neither trivial or transient, and which in fact results in death, they will not be held responsible for the death but only for aggravated assault, is less likely to deter such conduct than a message that they will be held responsible for the death, albeit under manslaughter not murder. Given the finality of death and the absolute unacceptability of killing another human being, it is not amiss to preserve the test which promises the greatest measure of deterrence, provided the penal consequences of the offence are not disproportionate. This is achieved by retaining the test of foreseeability of bodily harm in the offence of manslaughter.

Second, retention of the test based on foreseeability of bodily harm accords best with our sense of justice. I have earlier alluded to the view, attested to by the history of the offence of manslaughter, that causing the death of another through negligence or a dangerous unlawful act should be met by a special sanction reflecting the fact that a death occurred, even though death was not objectively foreseeable. This is supported by the sentiment that a person who engages in dangerous conduct that breaches the bodily integrity of another and puts that person at risk may properly be held responsible for an unforeseen death attributable to

en fonction de la prévisibilité du risque de lésions corporelles. À mon avis, cette même conclusion est appuyée par des considérations de principe. En examinant si une infraction qui existe depuis longtemps va à l'encontre des principes de justice fondamentale, il n'est pas déplacé de tenir compte de ces considérations.

Premièrement, la nécessité de décourager une conduite dangereuse susceptible de nuire à autrui et qui risque en réalité d'entraîner la mort de personnes particulièrement vulnérables vient étayer le point de vue selon lequel il n'est pas nécessaire que la mort soit objectivement prévisible, seules les lésions corporelles devant l'être. Si l'on dit aux gens que, s'ils adoptent une conduite dangereuse qui pourra, de façon prévisible, causer des lésions corporelles qui ne sont ni sans importance ni de nature passagère et qui entraîne en fait la mort, ils ne seront pas tenus responsables de la mort mais seulement de voies de fait graves, il est probable que cela les dissuaderait moins d'avoir une telle conduite que si on leur faisait comprendre qu'ils auront à répondre de la mort, bien que celle-ci soit qualifiée d'homicide involontaire coupable plutôt que de meurtre. Vu le caractère irréversible de la mort et étant donné qu'il est tout à fait inadmissible d'ôter la vie à un autre être humain, il y a lieu de conserver le critère qui offre le plus de dissuasion, pourvu que les conséquences pénales de l'infraction ne soient pas disproportionnées. Il convient donc de garder pour l'infraction d'homicide involontaire coupable le critère de la prévisibilité de lésions corporelles.

Deuxièmement, conserver le critère fondé sur la prévisibilité de lésions corporelles s'accorde le mieux avec notre sens de la justice. J'ai déjà évoqué le point de vue, confirmé par les antécédents de l'infraction d'homicide involontaire coupable, suivant lequel le fait de causer la mort d'autrui soit par négligence, soit au moyen d'un acte illégal dangereux, devrait entraîner une sanction spéciale traduisant la réalité qu'une personne a perdu la vie, même si sa mort n'était pas objectivement prévisible. Il s'agit là d'un point de vue que vient appuyer le sentiment que quiconque se livre à une conduite dangereuse qui porte atteinte à l'inté-

that person's peculiar vulnerability; the aggressor takes the victim as he finds him. The criminal law must reflect not only the concerns of the accused, but the concerns of the victim and, where the victim is killed, the concerns of society for the victim's fate. Both go into the equation of justice.

Finally, the traditional test founded on foreseeability of the risk of bodily harm provides, in my belief, a workable test which avoids troubling judges and juries about the fine distinction between foreseeability of the risk of bodily injury and foreseeability of the risk of death—a distinction which, as argued earlier, reduces to a formalistic technicality when put in the context of the thin-skull rule and the fact that death has in fact been inflicted by the accused's dangerous act. The traditional common law test permits a principled approach to the offence which meets the concerns of society, provides fairness to the accused, and facilitates a just and workable trial process.

4. *Summary on the Constitutionality of the Test of Foresight of Bodily Harm for Manslaughter*

The foregoing considerations lead me to conclude that the fact that the *mens rea* of manslaughter requires foreseeable risk of harm rather than foreseeable risk of death does not violate the principles of fundamental justice. In the final analysis, the moral fault required for manslaughter is commensurate with the gravity of the offence and the penalties which it entails, and offends no principle of fundamental justice. The next issue is the nature

grité physique d'une autre personne et qui expose celle-ci à un risque peut à bon droit être jugé responsable de la mort imprévue imputable à la vulnérabilité particulière de cette personne; l'agresseur prend la victime telle qu'elle est. Le droit criminel se doit de tenir compte non seulement des préoccupations de l'accusé, mais aussi de celles de la victime et, lorsque cette dernière a été tuée, de celles de la société à l'égard du sort de la victime. Chacun de ces ordres de préoccupations doit peser dans la balance de la justice.

En dernier lieu, le critère traditionnel fondé sur la prévisibilité du risque de lésions corporelles constitue, à mon sens, un critère pratique qui évite aux juges et aux jurés d'avoir à se préoccuper de la distinction subtile entre la prévisibilité du risque de lésions corporelles et la prévisibilité du risque de mort, distinction qui, comme je l'ai fait valoir précédemment, se ramène à du pur formalisme quand on la place dans le contexte de la règle de la vulnérabilité de la victime et quand on tient compte du fait que la mort a en réalité été causée par l'acte dangereux de l'accusé. Le critère traditionnel de la common law permet d'adopter relativement à l'infraction en question une approche fondée sur les principes qui répond aux préoccupations de la société, qui assure l'équité à l'accusé et qui offre de meilleures possibilités d'un processus d'instruction qui soit juste et qui en même temps fonctionne bien.

4. *Résumé de l'analyse de la constitutionnalité du critère de la prévisibilité de lésions corporelles dans le cas de l'homicide involontaire coupable*

L'analyse qui précède m'amène à conclure qu'il n'y a aucune violation des principes de justice fondamentale qui résulte de ce que la *mens rea* en matière d'homicide involontaire coupable exige la prévisibilité d'un risque de préjudice plutôt que la prévisibilité d'un risque de mort. En dernière analyse, la faute morale requise dans le cas de l'homicide involontaire coupable est proportionnelle à la gravité de l'infraction et aux peines qu'elle entraîne, et elle ne choque aucun principe de justice fondamentale. Se pose donc ensuite la question de la nature du critère objectif servant à établir

of the objective test establishing foresight of bodily harm, to which I now turn.

B. The Nature of the Objective Test

I respectfully differ from the Chief Justice on the nature of the objective test used to determine the *mens rea* for crimes of negligence. In my view, the approach advocated by the Chief Justice personalizes the objective test to the point where it devolves into a subjective test, thus eroding the minimum standard of care which Parliament has laid down by the enactment of offences of manslaughter and penal negligence.

By way of background, it may be useful to restate what I understand the jurisprudence to date to have established regarding crimes of negligence and the objective test. The *mens rea* of a criminal offence may be either subjective or objective, subject to the principle of fundamental justice that the moral fault of the offence must be proportionate to its gravity and penalty. Subjective *mens rea* requires that the accused have intended the consequences of his or her acts, or that knowing of the probable consequences of those acts, the accused have proceeded recklessly in the face of the risk. The requisite intent or knowledge may be inferred directly from what the accused said or says about his or her mental state, or indirectly from the act and its circumstances. Even in the latter case, however, it is concerned with "what was actually going on in the mind of this particular accused at the time in question": *L'Heureux-Dubé J. in R. v. Martineau, supra*, at p. 655, quoting Stuart, *Canadian Criminal Law* (2nd ed. 1987), at p. 121.

Objective *mens rea*, on the other hand, is not concerned with what the accused intended or knew. Rather, the mental fault lies in failure to direct the mind to a risk which the reasonable person would have appreciated. Objective *mens rea* is not concerned with what was actually in the accused's mind, but with what should have been there, had the accused proceeded reasonably.

la prévision de lésions corporelles, et c'est cette question que j'aborde maintenant.

B. La nature du critère objectif

En toute déférence, je ne partage pas l'avis du Juge en chef sur la nature du critère objectif employé pour déterminer la *mens rea* dans le cas de crimes de négligence. À mon avis, la méthode que préconise le Juge en chef personnalise le critère objectif à un point tel qu'il se transforme en critère subjectif, ce qui a pour conséquence de miner la norme minimale de diligence qu'a prescrite le législateur en prévoyant des infractions d'homicide involontaire coupable et de négligence pénale.

Il pourrait être utile en guise d'entrée en matière de répéter ce que dit, d'après moi, la jurisprudence relativement aux crimes de négligence et au critère objectif. La *mens rea* se rattachant à une infraction criminelle peut être subjective ou objective, sous réserve du principe de justice fondamentale qui veut que la faute morale liée à cette infraction soit proportionnelle à la gravité de celle-ci et à la peine qui la sanctionne. La *mens rea* subjective exige que l'accusé ait voulu les conséquences de ses actes ou que, connaissant les conséquences probables de ceux-ci, il ait agi avec insouciance face au risque. L'intention ou la connaissance requises peuvent s'inférer directement des dires de l'accusé concernant son état d'esprit, ou indirectement de l'acte et des circonstances l'entourant. Même dans ce dernier cas, toutefois, ce qui compte c'est «ce qui s'est effectivement passé dans l'esprit de l'accusé lui-même au moment en cause»: le juge *L'Heureux-Dubé* dans l'arrêt *R. c. Martineau*, précité, à la p. 655, citant Stuart, *Canadian Criminal Law* (2^e éd. 1987), à la p. 121.

Dans le cas de la *mens rea* objective, par contre, les intentions de l'accusé et ce qu'il savait n'entrent nullement en ligne de compte. Au contraire, la faute morale tient à l'omission d'envisager un risque dont une personne raisonnable se serait rendu compte. La *mens rea* objective n'a rien à voir avec ce qui s'est passé effectivement dans l'esprit de l'accusé, mais concerne ce qui aurait dû s'y passer si ce dernier avait agi raisonnablement.

It is now established that a person may be held criminally responsible for negligent conduct on the objective test, and that this alone does not violate the principle of fundamental justice that the moral fault of the accused must be commensurate with the gravity of the offence and its penalty: *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867.

However, as stated in *Martineau*, it is appropriate that those who cause harm intentionally should be punished more severely than those who cause harm inadvertently. Moreover, the constitutionality of crimes of negligence is also subject to the caveat that acts of ordinary negligence may not suffice to justify imprisonment: *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *R. v. Sansregret*, [1985] 1 S.C.R. 570. To put it in the terms used in *Hundal*, the negligence must constitute a "marked departure" from the standard of the reasonable person. The law does not lightly brand a person as a criminal. For this reason, I am in agreement with the Chief Justice in *R. v. Finlay*, *supra*, that the word "careless" in an underlying firearms offence must be read as requiring a marked departure from the constitutional norm.

It follows from this requirement, affirmed in *Hundal*, that in an offence based on unlawful conduct, a predicate offence involving carelessness or negligence must also be read as requiring a "marked departure" from the standard of the reasonable person. As pointed out in *DeSousa*, the underlying offence must be constitutionally sound.

To this point, the Chief Justice and I are not, as I perceive it, in disagreement. The difference between our approaches turns on the extent to which personal characteristics of the accused may affect liability under the objective test. Here we enter territory in large part uncharted. To date, debate has focused on whether an objective test for *mens rea* is ever available in the criminal law; little

Il est maintenant établi qu'une personne peut, sur le fondement du critère objectif, voir sa responsabilité criminelle engagée pour une conduite négligente, sans qu'il n'y ait de ce seul fait violation du principe de justice fondamentale selon lequel la faute morale de l'accusé doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et à la peine qui s'y rattache: *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867.

Toutefois, comme il a été dit dans l'arrêt *Martineau*, il convient que celui qui cause intentionnellement un préjudice soit puni plus sévèrement qu'une personne qui le fait inconsciemment. D'autre part, la constitutionnalité des crimes de négligence est également soumise à une restriction, à savoir que les actes de négligence ordinaire peuvent ne pas suffire pour justifier l'emprisonnement: *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *R. c. Sansregret*, [1985] 1 R.C.S. 570. Pour reprendre la formule employée dans l'arrêt *Hundal*, il doit s'agir d'une négligence qui constitue un «écart marqué» par rapport à la norme d'une personne raisonnable. En droit, nul n'est inconsidérément qualifié de criminel. C'est pourquoi je partage l'avis du Juge en chef, qui a dit dans l'arrêt *R. c. Finlay*, précité, que le mot «négligente» figurant dans l'énoncé d'une infraction sous-jacente liée aux armes à feu doit s'interpréter comme exigeant un écart marqué par rapport à la norme constitutionnelle.

De cette exigence, confirmée dans l'arrêt *Hundal*, il découle que, dans le cas d'une infraction fondée sur une conduite illégale, une infraction sous-jacente comportant un élément de négligence doit également être interprétée comme nécessitant un «écart marqué» par rapport à la norme de la personne raisonnable. Comme on le précise dans l'arrêt *DeSousa*, l'infraction sous-jacente doit être constitutionnellement valide.

Jusqu'ici, je ne crois pas que le Juge en chef et moi soyons en désaccord. La différence entre nos points de vue respectifs tient en fait à la mesure dans laquelle les caractéristiques personnelles de l'accusé peuvent influencer sur la responsabilité selon le critère objectif. Et là nous nous aventurons sur un terrain en grande partie inexploré. Jusqu'à maintenant, le débat a porté sur la question de

has been said about how, assuming it is applicable, it is to be applied. In *R. v. Hundal*, *supra*, it was said that the *mens rea* of dangerous driving should be assessed objectively in the context of all the events surrounding the incident. But the extent to which those circumstances include personal mental or psychological frailties of the accused was not explored in depth. In these circumstances, we must begin with the fundamental principles of criminal law.

Underlying Principles

The debate about the degree to which personal characteristics should be reflected in the objective test for fault in offences of penal negligence engages two fundamental concepts of criminal law.

The first concept is the notion that the criminal law may properly hold people who engage in risky activities to a minimum standard of care, judged by what a reasonable person in all the circumstances would have done. This notion posits a uniform standard for all persons engaging in the activity, regardless of their background, education or psychological disposition.

The second concept is the principle that the morally innocent not be punished (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 513; *R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76, reasons of Lamer C.J. at p. 93). This principle is the foundation of the requirement of criminal law that the accused must have a guilty mind, or *mens rea*.

I agree with the Chief Justice that the rule that the morally innocent not be punished in the context of the objective test requires that the law refrain from holding a person criminally responsi-

savoir s'il peut jamais y avoir lieu d'appliquer en droit criminel un critère objectif pour déterminer la *mens rea*. Pour ce qui est du mode d'application, à supposer que le critère soit en effet applicable, il n'en a guère été fait mention. Dans l'arrêt *R. c. Hundal*, précité, on a dit que la *mens rea* que comporte la conduite dangereuse d'une automobile devrait s'apprécier objectivement dans le contexte de tous les événements entourant l'incident en cause. La question de savoir jusqu'à quel point ces circonstances comprennent les faiblesses mentales ou psychologiques propres à l'accusé n'a toutefois pas fait l'objet d'une étude approfondie. Cela étant, il nous faut commencer par examiner les principes fondamentaux du droit criminel.

Les principes sous-jacents

Deux concepts fondamentaux du droit criminel sont mis en jeu dans le débat sur la mesure dans laquelle les caractéristiques personnelles devraient se refléter dans le critère objectif servant à déterminer la faute pour les infractions de négligence pénale.

Suivant le premier de ces concepts, quiconque se livre à des activités risquées peut légitimement se voir soumis en droit criminel à une norme minimale de diligence établie en fonction de ce qu'aurait fait une personne raisonnable dans les mêmes circonstances. Ce concept suppose une norme uniforme applicable à toutes les personnes qui se livrent à une activité donnée, indépendamment de leurs antécédents, de leur degré d'instruction ou de leur état psychologique.

Le second concept est celui voulant que les personnes moralement innocentes ne soient pas punies (*Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 513; *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76, motifs du juge en chef Lamer, à la p. 93). C'est sur ce principe que repose l'exigence en droit criminel que l'accusé ait un esprit coupable (*mens rea*).

Je conviens avec le Juge en chef que la règle s'opposant à la punition des personnes moralement innocentes exige dans le contexte du critère objectif qu'une personne ne soit pas jugée responsable

ble if he or she is not capable of appreciating the risk. Where I differ from the Chief Justice is in his designation of the sort of educational, experiential and so-called "habitual" factors personal to the accused which can be taken into account. The Chief Justice, while in principle advocating a uniform standard of care for all, in the result seems to contemplate a standard of care which varies with the background and predisposition of each accused. Thus an inexperienced, uneducated, young person, like the accused in *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 22, could be acquitted, even though she does not meet the standard of the reasonable person (reasons of the Lamer C.J., at pp. 145-46). On the other hand, a person with special experience, like Mr. Creighton in this case, or the appellant police officer in *R. v. Gosset, supra*, will be held to a higher standard than the ordinary reasonable person.

I must respectfully dissent from this extension of the objective test for criminal fault. In my view, considerations of principle and policy dictate the maintenance of a single, uniform legal standard of care for such offences, subject to one exception: incapacity to appreciate the nature of the risk which the activity in question entails.

This principle that the criminal law will not convict the morally innocent does not, in my view, require consideration of personal factors short of incapacity. The criminal law, while requiring mental fault as an element of a conviction, has steadfastly rejected the idea that a person's personal characteristics can (short of incapacity) excuse the person from meeting the standard of conduct imposed by the law.

Wilson J. made this point in *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232. In response to the argument posited by Professor George P. Fletcher ("The Individualization of Excusing Conditions" (1974), 47 *S. Cal. L. Rev.* 1269) that some accused

en droit criminel si elle est incapable d'apprécier le risque. Là où je suis en désaccord avec le Juge en chef c'est relativement à sa désignation du type de facteurs liés à l'instruction et à l'expérience et de facteurs dits «habituels» propres à l'accusé, qu'il est permis de prendre en considération. Le Juge en chef, préconisant en principe une norme de diligence uniforme pour tous, semble en définitive envisager une norme de diligence qui varie selon les antécédents et les prédispositions de l'accusé. Ainsi, une personne inexpérimentée, peu instruite et jeune, comme l'accusée dans l'affaire *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 22, pourrait être acquittée, même si elle n'a pas respecté la norme de la personne raisonnable (motifs du juge en chef Lamer, aux pp. 145 et 146). Par ailleurs, une personne ayant à son actif une expérience particulière, comme c'est le cas de M. Creighton en l'espèce ou du policier appelant dans l'affaire *R. c. Gosset*, précité, se verra soumise à une norme plus sévère que celle de la personne raisonnable ordinaire.

Avec égards, je ne puis admettre cet élargissement du critère objectif en matière de faute criminelle. À mon avis, des considérations de principe et d'intérêt public commandent le maintien, pour le genre d'infractions dont il est question, d'une seule et uniforme norme juridique de diligence, sauf dans le cas de l'incapacité à apprécier la nature du risque que comporte l'activité en question.

Ce principe selon lequel une personne moralement innocente ne doit pas être reconnue coupable en droit criminel n'oblige pas, d'après moi, à tenir compte de facteurs personnels qui ne constituent pas une incapacité. En droit criminel, bien que la faute morale soit requise à titre d'élément fondant une déclaration de culpabilité, on a systématiquement rejeté l'idée que les caractéristiques personnelles (autres que l'incapacité) peuvent dispenser d'avoir à satisfaire à la norme de conduite prescrite par la loi.

C'est ce qu'a souligné le juge Wilson dans l'arrêt *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232. Répondant à l'argument, avancé par le professeur George P. Fletcher («The Individualization of Excusing Conditions» (1974), 47 *S. Cal. L. Rev.* 1269), selon

should be acquitted on the basis that "I couldn't help myself", she wrote at pp. 270-71:

The underlying principle here is the universality of rights, that all individuals whose actions are subjected to legal evaluation must be considered equal in standing. Indeed, it may be said that this concept of equal assessment of every actor, regardless of his particular motives or the particular pressures operating upon his will, is so fundamental to the criminal law as rarely to receive explicit articulation. However, the entire premise expressed by such thinkers as Kant and Hegel that man is by nature a rational being, and that this rationality finds expression both in the human capacity to overcome the impulses of one's own will and in the universal right to be free from the imposition of the impulses and will of others (see Hegel, *Philosophy of Right* (trans. Knox, 1952), at pp. 226-27) supports the view that an individualized assessment of offensive conduct is simply not possible. If the obligation to refrain from criminal behaviour is perceived as a reflection of the fundamental duty to be rationally cognizant of the equal freedom of all individuals, then the focus of an analysis of *culpability* must be on the act itself (including its physical and mental elements) and not on the actor. The universality of such obligations precludes the relevance of what Fletcher refers to as "an individualized excusing condition". [Emphasis in original.]

The Chief Justice relies on Professor H. L. A. Hart in support of importing what Wilson J. calls "individualized excusing conditions" into the objective test for offences of manslaughter and penal negligence. In fact, Professor Hart sees the principle of preventing the punishment of the morally innocent as dictating only that people should not be punished when they lacked the capacity to appreciate the consequences of their conduct. He reasons that no one should be held blameworthy and punished for criminal conduct if he or she acted without free will (*Punishment and Responsibility* (1968), at pp. 35-40). He states that "the need to inquire into the 'inner facts' is dictated . . . by the moral principle that no one should be punished

lequel l'acquittement de certains accusés devrait être prononcé sur le fondement de l'affirmation: «C'était plus fort que moi», le juge Wilson a écrit, à la p. 271:

Le principe fondamental qui entre en jeu ici est celui de l'universalité des droits, c'est-à-dire que toutes les personnes dont les actes sont soumis à l'examen judiciaire doivent être traitées sur le même pied. En fait, on peut dire que ce concept de l'appréciation égale qui fait abstraction des mobiles particuliers de l'auteur de l'acte ou des pressions particulières qui s'exerçaient sur sa volonté est à ce point primordial en droit criminel qu'il est rarement formulé explicitement. Cependant, toute la prémisse exprimée par des penseurs comme Kant et Hegel, savoir que l'homme est de par sa nature un être rationnel et que cela se manifeste dans la capacité qu'il a de surmonter les impulsions de sa propre volonté et aussi dans le droit universel de ne pas avoir à se plier aux impulsions et à la volonté d'autrui (voir Hegel, *Philosophy of Right* (trad. en anglais par Knox, 1952) aux pp. 226 et 227), appuie le point de vue qu'une appréciation individualisée d'une conduite préjudiciable n'est tout simplement pas possible. Si l'on perçoit l'obligation d'éviter toute conduite criminelle comme un reflet du devoir fondamental d'avoir une conscience rationnelle de la liberté égale dont jouissent toutes les personnes, alors une analyse de la *culpabilité* doit viser l'acte lui-même (aussi bien son élément matériel que son élément moral) et non pas son auteur. L'universalité de ces obligations a pour effet d'exclure la pertinence de ce que Fletcher appelle [TRADUCTION] «une circonstance qui peut, dans un cas d'espèce, servir d'excuse». [Italiques dans l'original.]

Le Juge en chef invoque le professeur H. L. A. Hart au soutien de l'inclusion, dans le critère objectif applicable aux infractions d'homicide involontaire coupable et de négligence pénale, de ce que le juge Wilson qualifie de «circonstance[s] qui peu[ven]t, dans un cas d'espèce, servir d'excuse». De fait, selon le professeur Hart, le principe de la prévention de la punition des personnes moralement innocentes exige simplement qu'une personne qui n'avait pas la capacité d'apprécier les conséquences de sa conduite ne se voie pas infliger une peine. Suivant son raisonnement, personne ne devrait être blâmé ni puni pour une conduite criminelle s'il n'a pas agi volontairement (*Punishment and Responsibility* (1968), aux pp. 35 à 40). Le

who could not help doing what he did" (p. 39) (emphasis added).

In summary, I can find no support in criminal theory for the conclusion that protection of the morally innocent requires a general consideration of individual excusing conditions. The principle comes into play only at the point where the person is shown to lack the capacity to appreciate the nature and quality or the consequences of his or her acts. Apart from this, we are all, rich and poor, wise and naive, held to the minimum standards of conduct prescribed by the criminal law. This conclusion is dictated by a fundamental proposition of social organization. As Justice Oliver Wendell Holmes wrote in *The Common Law* (1881), at p. 108: "when men live in society, a certain average of conduct, a sacrifice of individual peculiarities going beyond a certain point, is necessary to the general welfare."

The ambit of the principle that the morally innocent shall not be convicted has developed in large part in the context of crimes of subjective fault—crimes where the accused must be shown to have actually intended or foreseen the consequences of his or her conduct. In crimes of this type, personal characteristics of the accused have been held to be relevant only to the extent that they tend to prove or disprove an element of the offence. Since intention or knowledge of the risk is an element of such offences, personal factors can come into play. But beyond this, personal characteristics going to lack of capacity are considered under the introductory sections of the *Code* defining the conditions of criminal responsibility and have generally been regarded as irrelevant.

professeur Hart affirme que [TRADUCTION] «la nécessité de s'enquérir des «faits intérieurs» découle [...] du principe moral voulant qu'il n'y a pas lieu de punir quiconque n'a pu s'empêcher d'agir comme il l'a fait» (p. 39) (je souligne).

En résumé, je ne trouve dans la théorie du droit criminel rien qui appuie la conclusion que la protection des personnes moralement innocentes oblige à prendre en considération d'une manière générale les circonstances qui peuvent, dans un cas d'espèce, servir d'excuse. Le principe ne joue que s'il est démontré que la personne en question n'a pas la capacité de comprendre la nature et la qualité ou les conséquences de ses gestes. À cette seule exception près, nous sommes tous—riches et pauvres, sages et naïfs—tenus au respect des normes minimales de conduite prescrites par le droit criminel. C'est là une conclusion à laquelle nous astreint un principe fondamental de l'organisation sociale. Comme l'a écrit le juge Oliver Wendell Holmes dans *The Common Law* (1881), à la p. 108: [TRADUCTION] «lorsque les hommes vivent en société, une certaine norme de conduite, le sacrifice de particularités individuelles qui dépassent une certaine limite, s'imposent pour le bien collectif».

La portée du principe selon lequel les personnes moralement innocentes ne doivent pas être déclarées coupables d'une infraction a été dans une large mesure fixée dans le contexte de crimes de faute subjective—crimes pour lesquels il faut établir que l'accusé a en fait voulu ou prévu les conséquences de sa conduite. Pour ce type de crimes, les caractéristiques personnelles de l'accusé n'ont été jugées pertinentes que dans la mesure où elles tendent à prouver l'existence ou l'inexistence d'un élément de l'infraction. Comme l'intention ou la conscience du risque constitue un élément de ce genre d'infractions, les facteurs personnels peuvent alors entrer en jeu. Mais en dehors de ce cas, les caractéristiques personnelles tendant à établir l'incapacité sont pris en compte en vertu des articles liminaires du *Code*, où sont précisées les conditions de la responsabilité criminelle, et ces caractéristiques ont généralement été tenues pour non pertinentes.

What then is the situation for crimes of inadvertence? Here actual intention or knowledge is not a factor; hence personal characteristics are not admissible on that ground. Nor, in my view, can a case be made for considering them on any other basis, except in so far as they may show that the accused lacked the capacity to appreciate the risk. This appears to be the settled policy of the law, applied for centuries to offences involving manslaughter or penal negligence based on objectively assessed fault. Here, as in crimes of subjective intent, the courts have rejected the contention that the standard prescribed by the law should take into account the individual peculiarities of the accused, short of incapacity. Thus Dickson C.J. wrote in *R. v. Hill*, [1986] 1 S.C.R. 313, at pp. 324-25:

In considering the precise meaning and application of the ordinary person standard or objective test, it is important to identify its underlying *rationale*. Lord Simon of Glaisdale has perhaps stated it most succinctly when he suggested in *Camplin*, at p. 726, that "the reason for importing into this branch of the law the concept of the reasonable man [was] . . . to avoid the injustice of a man being entitled to rely on his exceptional excitability or pugnacity or ill-temper or on his drunkenness".

It is society's concern that reasonable and non-violent behaviour be encouraged that prompts the law to endorse the objective standard. The criminal law is concerned among other things with fixing standards for human behaviour. We seek to encourage conduct that complies with certain societal standards of reasonableness and responsibility. In doing this, the law quite logically employs the objective standard of the reasonable person.

Wilson J., writing in the same case at p. 352, added:

The underlying principles of equality and individual responsibility cannot be undermined by importing the accused's subjective level of self-control into the "ordinary person" test . . .

Qu'en est-il alors des crimes commis par inadvertance? Dans ce domaine, l'intention ou la connaissance effectives n'entrent pas en ligne de compte et, pour cette raison, les caractéristiques personnelles ne sont pas admissibles en preuve. On ne saurait non plus, à mon avis, soutenir que celles-ci devraient être prises en considération sur quelque autre fondement, sauf dans la mesure où elles peuvent servir à démontrer l'incapacité de l'accusé à apprécier le risque. Cette règle semble bien établie en droit, ayant été appliquée depuis des siècles aux infractions d'homicide involontaire coupable ou de négligence pénale fondées sur une faute déterminée selon un critère objectif. Dans ce cas, comme dans celui des crimes d'intention subjective, les tribunaux ont rejeté l'argument selon lequel la norme prescrite par la loi devrait tenir compte des particularités de l'accusé, autres que l'incapacité. Ainsi, le juge en chef Dickson a écrit dans l'arrêt *R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313, aux pp. 324 et 325:

Lorsqu'on examine la signification précise et l'application de la norme de la personne ordinaire ou du critère objectif, il est important d'en identifier la raison d'être sous-jacente. Lord Simon of Glaisdale l'a sans doute établi de la manière la plus succincte lorsqu'il a dit dans l'arrêt *Camplin*, à la p. 726 que [TRADUCTION] «le motif pour lequel on a introduit dans ce domaine du droit le concept de l'homme raisonnable [était] . . . d'éviter l'injustice imputable au fait qu'un homme puisse invoquer son caractère excitable ou querelleur exceptionnel, son mauvais caractère ou son état d'ébriété».

C'est la préoccupation qu'a la société d'encourager le comportement raisonnable et non violent qui incite le droit à adopter le critère objectif. Le droit criminel se soucie, entre autres choses, de fixer des normes au comportement humain. Nous cherchons à encourager une conduite qui se conforme à certaines normes de la société en matière de responsabilité et d'actes raisonnables. Pour le faire, le droit emploie très logiquement la norme objective de la personne raisonnable.

Le juge Wilson ajoute, à la p. 352 du même arrêt:

On ne peut amoindrir les principes sous-jacents d'égalité et de responsabilité individuelle en incorporant le niveau subjectif de maîtrise de soi de l'accusé dans le critère de la «personne ordinaire».

To the principle of a uniform minimum standard for crimes having an objective test there is but one exception—incapacity to appreciate the risk. Justice Holmes, speaking of the failure to take reasonable care, put it this way (*supra*, at p. 109):

There are exceptions to the principle that every man is presumed to possess ordinary capacity to avoid harm to his neighbors, which illustrate the rule, and also the moral basis of liability in general. When a man has a distinct defect of such a nature that all can recognize it as making certain precautions impossible, he will not be held answerable for not taking them. [Emphasis added.]

Consistent with these principles, this Court has rejected experiential, educational and psychological defences falling short of incapacity. Thus it has excluded personal characteristics short of incapacity in considering the characteristics of the “ordinary person” for the defence of provocation for the offence of murder: *Salamon v. The Queen*, [1959] S.C.R. 404; *R. v. Hill*, *supra*, at pp. 335-36. One commentator sums up the non-exculpatory characteristics as follows: “Thus, the temperament, peculiar psychological make-up, unusual excitability or pugnaciousness of an accused person cannot be taken into account by the jury for the purpose of determining the level of self-control the accused should have shown. The ordinary person is none of these things” (M. Naeem Rauf, “The Reasonable Man Test in the Defence of Provocation: What are the Reasonable Man’s Attributes and Should the Test be Abolished” (1987), 30 *Crim. L.Q.* 73, at p. 79).

To summarize, the fundamental premises upon which our criminal law rests mandate that personal characteristics not directly relevant to an element of the offence serve as excuses only at the point where they establish incapacity, whether the incapacity be the ability to appreciate the nature and quality of one’s conduct in the context of inten-

La règle d’une norme minimale uniforme pour les crimes auxquels s’applique un critère objectif ne connaît qu’une seule exception: l’incapacité à apprécier le risque. Le juge Holmes, en parlant de l’omission de faire preuve d’une diligence raisonnable, l’a exprimé dans les termes suivants, (*op. cit.*, à la p. 109):

[TRADUCTION] Le principe selon lequel chacun est présumé posséder la capacité ordinaire d’éviter de nuire à ses semblables souffre certaines exceptions, lesquelles viennent confirmer la règle ainsi que le fondement moral de la responsabilité en général. Quand un homme a un défaut particulier de telle nature que tous peuvent reconnaître qu’il rend impossibles certaines précautions, cet homme ne sera pas jugé responsable de l’omission de les prendre. [Je souligne.]

En accord avec ces principes, notre Cour a écarté les moyens de défense fondés sur l’inexpérience, le faible degré d’instruction et l’état psychologique lorsque ces facteurs n’allaient pas jusqu’à l’incapacité. Elle a donc exclu les caractéristiques personnelles qui n’allaient pas jusqu’à l’incapacité dans l’examen des caractéristiques de la «personne ordinaire» dans le contexte de la défense de provocation opposée à une accusation de meurtre: *Salamon c. The Queen*, [1959] R.C.S. 404; *R. c. Hill*, précité, aux pp. 335 et 336. Un commentateur résume ainsi les caractéristiques non disculpatoires: [TRADUCTION] «Donc, le tempérament, la constitution psychologique particulière et le caractère exceptionnellement excitable ou querelleur de l’accusé ne sauraient être pris en considération par le jury pour déterminer le degré de maîtrise de soi dont l’accusé aurait dû faire preuve. La personne ordinaire n’a aucune de ces caractéristiques» (M. Naeem Rauf, «The Reasonable Man Test in the Defence of Provocation: What are the Reasonable Man’s Attributes and Should the Test be Abolished» (1987), 30 *Crim. L.Q.* 73, à la p. 79).

Pour résumer, les prémisses fondamentales sur lesquelles repose notre droit criminel commandent que les caractéristiques personnelles qui ne se rapportent pas directement à un élément de l’infraction ne servent d’excuses que si elles établissent l’incapacité, que ce soit l’incapacité à comprendre la nature et la qualité de sa conduite dans le con-

tional crimes, or the incapacity to appreciate the risk involved in one's conduct in the context of crimes of manslaughter or penal negligence. The principle that we eschew conviction of the morally innocent requires no more.

This test I believe to flow from the fundamental premises of our system of criminal justice. But drawing the line of criminal responsibility for negligent conduct at incapacity is also socially justifiable. In a society which licenses people, expressly or impliedly, to engage in a wide range of dangerous activities posing risk to the safety of other, it is reasonable to require that those choosing to undertake such activities and possessing the basic capacity to understand their danger take the trouble to exercise that capacity (see *R. v. Hundal, supra*). Not only does the absence of such care connote moral fault, but the sanction of the criminal law is justifiably invoked to deter others who choose to undertake such activities from proceeding without the requisite caution. Even those who lack the advantages of age, experience and education may properly be held to this standard as a condition of choosing to engage in activities which may maim or kill other innocent people.

The criminal law, as noted, is concerned with setting minimum standards of behaviour in defined circumstances. If this goal is to be achieved, the minimum cannot be lowered because of the frailties or inexperience of the accused, short of incapacity. The words of the Ontario Court of Appeal in *McErlean v. Sarel* (1987), 61 O.R. (2d) 396, a civil case, at p. 413, are equally apposite to the criminal context. The question was whether a teenager riding a bike should be held to the standard of care of a reasonable adult. The Court (Howland C.J.O, Houlden, Morden, Robins and Tarnopolsky J.J.A.) stated: "it would be unfair and, indeed, dangerous to the public to permit [teenagers] in the

texte de crimes intentionnels, ou celle à apprécier le risque que comporte sa conduite dans le cas de crimes d'homicide involontaire coupable ou de négligence pénale. C'est tout ce qu'exige le principe suivant lequel les personnes moralement innocentes ne doivent pas être déclarées coupables d'une infraction.

Ce critère découle, je crois, des prémisses fondamentales qui sous-tendent notre système de justice criminelle. Mais fixer l'incapacité comme limite de la responsabilité criminelle résultant d'une conduite négligente se justifie également sur le plan social. En effet, dans une société qui, expressément ou implicitement, autorise les gens à se livrer à une large gamme d'activités dangereuses qui risquent de compromettre la sécurité d'autrui, il est raisonnable d'exiger que les personnes qui choisissent de participer à ces activités et qui possèdent la capacité fondamentale d'en comprendre le danger se donnent la peine de se servir de cette capacité (voir l'arrêt *R. c. Hundal*, précité). Non seulement l'omission de ce faire dénote-t-elle une faute morale, mais c'est à bon droit que la sanction du droit criminel est appliquée afin de dissuader les autres personnes qui choisissent de se lancer dans de telles activités d'agir sans prendre les précautions qui s'imposent. Même ceux qui n'ont pas l'avantage de l'âge, de l'expérience et de l'instruction peuvent à juste titre être soumis à cette norme comme condition de l'exercice de leur choix de se livrer à des activités susceptibles d'estropier ou de tuer des gens innocents.

Le droit criminel, répétons-le, se préoccupe de l'établissement de normes minimales de conduite dans des circonstances déterminées. Ce but ne peut être atteint si le minimum est baissé en raison des faiblesses ou de l'inexpérience de l'accusé qui ne vont pas jusqu'à l'incapacité. À cet égard, sont tout aussi pertinentes dans le contexte pénal les observations faites par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire civile *McErlean c. Sarel* (1987), 61 O.R. (2d) 396, à la p. 413. La question dans cette affaire était de savoir si un adolescent qui conduisait une motocyclette était tenu de respecter la même norme de diligence qu'un adulte raisonnable. La cour (le juge en chef Howland et les juges

operation of these power-driven vehicles to observe any lesser standard than that required of all other drivers of such vehicles. The circumstances of contemporary life require a single standard of care with respect to such activities.” (See also *Dellwo v. Pearson*, 107 N.W.2d 859 (Minn. 1961); Binchy, “The Adult Activities Doctrine in Negligence Law” (1985), 11 *Wm. Mitchell L. Rev.* 733.)

But the social justification for a uniform standard of care stops at the point of incapacity. Convicting and punishing a person who lacks the capacity to do what the law says he or she should have done serves no useful purpose. As Wilson J. explains in *Perka v. The Queen*, *supra*, at p. 273, the criminal law makes distinctions in situations where “punishment cannot on any grounds be justified”. Such situations mandate an acquittal, according to Wilson J., “because no purpose inherent to criminal liability and punishment—i.e. the setting right of a wrongful act—can be accomplished for an act which no rational person would avoid” (p. 273). For these reasons the criminal law does not assign liability where the accused’s culpable behaviour is caused by extrinsic factors beyond his or her control.

These considerations suggest that the practical as well as the theoretical concerns of the criminal law in the field of penal negligence are best served by insisting on a uniform standard of conduct for everyone, subject to cases where the accused was not capable of recognizing and avoiding the risk attendant on the activity in question. Beyond this, the standard should not be individualized by reason of the peculiar personal characteristics of the accused. The purpose of Parliament in creating an offence of objective foresight, as in manslaughter, is to stipulate a minimum standard which people engaged in the activity in question are expected to meet. If the standard is lowered by reason of the lack of experience, education, or the presence of

Houlden, Morden, Robins et Tarnopolsky) a dit: [TRADUCTION] «il serait injuste envers le public, voire dangereux, de permettre que [les adolescents] qui conduisent ces véhicules à moteur observent une norme moins sévère que celle à laquelle sont soumis tous les autres conducteurs de ces véhicules. Les réalités de la vie moderne nécessitent une seule norme de diligence pour de telles activités.» (Voir aussi *Dellwo c. Pearson*, 107 N.W.2d 859 (Minn. 1961); Binchy, «The Adult Activities Doctrine in Negligence Law» (1985), 11 *Wm. Mitchell L. Rev.* 733.)

Mais la justification sociale d’une norme uniforme de diligence ne joue plus du moment qu’il y a une incapacité. En effet, il ne sert à rien de déclarer coupable et de punir une personne qui n’a pas la capacité de faire ce que, du point de vue juridique, elle aurait dû faire. Comme l’explique le juge Wilson dans l’arrêt *Perka c. La Reine*, précité, à la p. 273, le droit criminel fait des distinctions dans des situations où «l’imposition d’une peine est complètement injustifiable». D’après le juge Wilson, l’acquittement s’impose dans ces situations «parce qu’aucune fin inhérente à la responsabilité criminelle et à l’imposition d’une peine, c.-à-d. la réparation d’un acte mauvais, ne peut être réalisée pour un acte qu’aucune personne raisonnable n’éviterait de commettre» (p. 273). Pour ces raisons, le droit criminel n’impute aucune responsabilité si la conduite coupable de l’accusé a été causée par des facteurs extrinsèques indépendants de sa volonté.

Il semble ressortir de ces considérations que la meilleure façon de tenir compte des préoccupations tant pratiques que théoriques du droit criminel dans le domaine de la négligence pénale consiste à imposer à tous une norme uniforme de conduite, sauf dans les cas où l’accusé n’avait pas la capacité de reconnaître et d’éviter le risque que comportait l’activité en question. Ces cas mis à part, il ne faut pas individualiser la norme en prenant en considération les caractéristiques personnelles particulières à l’accusé. En créant une infraction nécessitant une prévision objective, comme l’homicide involontaire coupable, le législateur visait à fixer une norme minimale que sont censées respecter les personnes qui se livrent à

some other “personal characteristic” of the accused, the minimum standard which the law imposes on those engaging in the activity in question will be eroded. The objective test inevitably is transformed into a subjective test, violating the wise admonition in *R. v. Hundal, supra*, that there should be a clear distinction in the law between subjective and objective standards, and negating the legislative goal of a minimum standard of care for all those who choose to engage in criminally dangerous conduct (*per Cory J.* at p. 883; *per McLachlin J.* at p. 873).

I digress at this point to consider in more detail the concept of incapacity to appreciate the risk attendant on one’s conduct. It may be that this is the real point of divergence between the Chief Justice’s views and those which I have attempted to articulate. The Chief Justice moves from the proposition that incapacity to appreciate the risk of the activity in question should serve as a defence, which I accept, to the conclusion that the standard of care applicable in a particular case should be moved up or down, according to the educational, experiential and other ‘habitual’ characteristics of the accused. Some of the language employed suggests that all the accused’s personal characteristics—not only those related to incapacity to assess the risk—should be considered in determining whether he or she is guilty. The Chief Justice refers, for example to the test of “a reasonable person who possesses all of the accused’s limitations” (p. 31), and to “the reasonable person with the accused’s make-up” (p. 31). These conclusions and statements, it seems to me, go far beyond incapacity to appreciate the risk entailed by particular conduct, to suggest a broader, actor-oriented approach to criminal liability which this Court has repeatedly disavowed.

l’activité en question. Si la norme est abaissée en raison du manque d’expérience ou d’instruction ou à cause de quelque autre «caractéristique personnelle» de l’accusé, cela aura pour effet de saper le minimum que la loi impose à ceux qui participent à cette activité. Le critère objectif sera alors inévitablement transformé en critère subjectif, ce qui heurte de front la sage recommandation, formulée dans l’arrêt *R. c. Hundal*, précité, qu’il convient en droit de faire une distinction nette entre les normes subjective et objective, et qui contrecarre l’objectif législatif d’une norme de diligence minimale pour tous ceux qui choisissent de se livrer à une conduite criminellement dangereuse (le juge Cory, à la p. 883; le juge McLachlin, à la p. 873).

Je me permets ici une digression afin d’examiner plus à fond le concept de l’incapacité d’une personne d’apprécier le risque inhérent à sa conduite. Il se peut que ce soit précisément là que les opinions du Juge en chef divergent de celles que j’ai tenté de formuler. Partant de la proposition, que j’admets d’ailleurs, selon laquelle l’incapacité d’apprécier le risque que comporte l’activité en question devrait constituer un moyen de défense, le Juge en chef conclut que la norme de diligence dans un cas d’espèce doit s’appliquer plus ou moins strictement selon le degré d’instruction, l’expérience et d’autres caractéristiques «habituelles» de l’accusé. Certains termes employés semblent indiquer que la totalité des caractéristiques personnelles de l’accusé—et non pas simplement celles liées à l’incapacité d’apprécier le risque—devraient être prises en considération pour décider de sa culpabilité. Le Juge en chef mentionne, par exemple, le critère de «la personne raisonnable qui souffre de toutes les mêmes faiblesses que l’accusé» (p. 31) et celui de «la personne raisonnable possédant les mêmes caractéristiques que l’accusé» (p. 31). Voilà, me semble-t-il, des conclusions et des déclarations qui, loin de se borner à la question de l’incapacité à apprécier le risque que comporte une conduite donnée, évoquent à l’égard de la responsabilité criminelle une approche de portée plus large qui soit fonction de l’auteur de l’acte, approche que notre Cour a à maintes reprises rejetée.

As I see it, the recognition that those lacking the capacity to perceive the risk should be exempted from criminal conviction and punishment does not entail the conclusion that the standard of care must be adjusted to take into account the accused's experience and education. The only actor-oriented question apposite to *mens rea* in these cases is whether the accused was capable of appreciating the risk, had he or she put her mind to it. If the answer is yes, as I believe it to be in all four cases before us—*Gosset*, *Creighton*, *Finlay* and *Naglik*—that is an end of the matter.

It may be that in some cases educational deficiencies, such as illiteracy on the part of a person handling a marked bottle of nitroglycerine in the Chief Justice's example, may preclude a person from being able to appreciate the risk entailed by his or her conduct. Problems of perception may have the same effect; regardless of the care taken, the person would have been incapable of assessing the risk, and hence been acquitted. But, in practice, such cases will arise only exceptionally. The question of *mens rea* will arise only where it has been shown that the accused's conduct (the *actus reus*) constitutes a dangerous and unlawful act (as in unlawful act manslaughter), or a marked departure from the standard of care of a reasonably prudent person (as in manslaughter by criminal negligence, or penal negligence offences). This established, conflict with the prohibition against punishing the morally innocent will arise only rarely. In unregulated activities, ordinary common sense is usually sufficient to permit anyone who directs his or her mind to the risk of the danger inherent in an activity to appreciate that risk and act accordingly—be the activity bottle throwing (as in *R. v. DeSousa*) or a barroom brawl. In many licensed activities, such as driving motor vehicles, there must be a basic amount of knowledge and experience before permission to engage in that activity will be granted (see *R. v. Hundal*). Where individuals engage in activities for which they lack sufficient knowledge, experience, or physical ability, they may be properly found to be at fault, not so much

Selon moi, la reconnaissance que les personnes qui n'ont pas la capacité de voir le risque ne devraient pas être reconnues coupables d'une infraction criminelle et devraient échapper à la sanction s'y rattachant ne mène pas à la conclusion qu'il faut adapter la norme de diligence pour tenir compte de l'expérience et du degré d'instruction de l'accusé. La seule question touchant l'auteur de l'acte qui puisse se rapporter à la *mens rea* dans de tels cas est celle de savoir si l'accusé aurait été capable d'apprécier le risque s'il s'était appliqué à le faire. Si la réponse est affirmative, et je crois qu'elle l'est dans chacune des affaires (*Gosset*, *Creighton*, *Finlay* et *Naglik*) dont nous sommes saisis, alors le débat est clos.

Il se peut que dans certains cas des lacunes dans l'instruction, comme l'analphabétisme chez une personne qui manipule une bouteille portant la mention «nitroglycérine» dans l'exemple du Juge en chef, puissent mettre une personne dans l'impossibilité d'apprécier le risque inhérent à sa conduite. Il pourrait en être de même des troubles de perception et, à ce moment-là, indépendamment de la diligence dont elle a pu faire preuve, la personne en question aurait été incapable d'apprécier le risque, ce qui lui aurait valu en conséquence l'acquittement. Dans les faits, toutefois, de tels cas ne se présenteront qu'exceptionnellement. La question de la *mens rea* se posera seulement s'il a été démontré que la conduite de l'accusé (l'*actus reus*) constitue un acte dangereux et illégal (comme l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal) ou un écart marqué par rapport à la norme de diligence d'une personne raisonnablement prudente (comme l'homicide involontaire coupable résultant d'une négligence criminelle ou les infractions de négligence pénale). Cela dit, il n'y aura que de rares cas d'incompatibilité avec l'interdiction de punir les personnes moralement innocentes. En ce qui concerne les activités non réglementées, le gros bon sens suffit normalement pour qu'une personne qui s'interroge sur le risque de danger inhérent à une activité puisse apprécier ce risque et agir en conséquence, que l'acte en question consiste à lancer une bouteille (comme dans l'affaire *R. c. DeSousa*) ou à prendre part à une bagarre dans un débit de boissons. Pour bon

for their inability to properly carry out the activity, but for their decision to attempt the activity without having accounted for their deficiencies. The law expects people embarking on hazardous activities to ask questions or seek help before they venture beyond their depth. Thus even the inexperienced defendant may be properly found to be morally blameworthy for having embarked on a dangerous venture without taking the trouble to properly inform himself or herself. The criminal law imposes a single minimum standard which must be met by all people engaging in the activity in question, provided that they enjoy the requisite capacity to appreciate the danger, and judged in all the circumstances of the case, including unforeseen events and reasonably accepted misinformation. Without a constant minimum standard, the duty imposed by the law would be eroded and the criminal sanction trivialized.

Mental disabilities short of incapacity generally do not suffice to negate criminal liability for criminal negligence. The explanations for why a person fails to advert to the risk inherent in the activity he or she is undertaking are legion. They range from simple absent-mindedness to attributes related to age, education and culture. To permit such a subjective assessment would be "co-extensive with the judgment of each individual, which would be as variable as the length of the foot of each individual" leaving "so vague a line as to afford no rule at all, the degree of judgment belonging to each individual being infinitely various": *Vaughan v. Menlove* (1837), 3 Bing. (N.C.) 468, 132 E.R. 490, at p. 475; see A. M. Linden, *Canadian Tort Law* (4th ed. 1988), at pp. 116-17.

nombre d'activités, comme la conduite d'un véhicule automobile, nécessitant l'obtention d'un permis, on doit posséder des connaissances et une expérience minimales avant de se voir accorder l'autorisation de s'y livrer (voir l'arrêt *R. c. Hundal*). Dans le cas où une personne entreprend une activité pour laquelle elle n'a pas suffisamment de connaissances, d'expérience ou d'adresse physique, elle peut à bon droit être jugée fautive, non pas tant en raison de son incapacité à bien exécuter l'acte, mais à cause de sa décision de le tenter sans avoir pris en compte ses déficiences personnelles. Du point de vue juridique, on s'attend que quiconque se lance dans une activité dangereuse pose des questions ou demande de l'aide avant de s'engager trop avant. Aussi, même le défendeur le plus inexpérimenté peut à juste titre être jugé moralement coupable du fait d'avoir entrepris un projet dangereux sans s'être donné la peine de bien se renseigner. Le droit criminel prescrit une unique norme minimale que doivent observer tous ceux qui se livrent à l'activité en question, pourvu qu'ils jouissent de la capacité requise pour se rendre compte du danger, cette norme devant être évaluée en tenant compte de toutes les circonstances de l'affaire, y compris les événements imprévus et les renseignements erronés auxquels le destinataire a raisonnablement ajouté foi. En l'absence d'une norme minimale constante, l'obligation juridique se trouverait être minée et la sanction pénale banalisée.

En règle générale, les déficiences mentales qui n'entraînent pas l'incapacité ne suffisent pas à écarter la responsabilité criminelle pour négligence criminelle. Pourquoi une personne omet-elle de tenir compte du risque inhérent à l'activité qu'elle entreprend? Les explications sont légion. Il y en a tout un éventail, à partir de la simple distraction jusqu'à des particularités comme l'âge, le degré d'instruction et la culture. Permettre une appréciation à ce point subjective reviendrait à admettre un critère [TRADUCTION] «correspondant exactement au jugement de chacun, lequel jugement serait aussi variable que la longueur du pied de chacun; la ligne de démarcation serait en conséquence tellement floue qu'il n'existerait en fait absolument aucune règle, vu l'infinie variété de degrés de

Provided the capacity to appreciate the risk is present, lack of education and psychological predispositions serve as no excuse for criminal conduct, although they may be important factors to consider in sentencing.

This is not to say that the question of guilt is determined in a factual vacuum. While the legal duty of the accused is not particularized by his or her personal characteristics short of incapacity, it is particularized in application by the nature of the activity and the circumstances surrounding the accused's failure to take the requisite care. As McIntyre J. pointed out in *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392, the answer to the question of whether the accused took reasonable care must be founded on a consideration of all the circumstances of the case. The question is what the reasonably prudent person would have done in all the circumstances. Thus a welder who lights a torch causing an explosion may be excused if he has made an enquiry and been given advice upon which he was reasonably entitled to rely, that there was no explosive gas in the area. The necessity of taking into account all of the circumstances in applying the objective test in offences of penal negligence was affirmed in *R. v. Hundal*, *supra*.

The matter may be looked at in this way. The legal standard of care is always the same—what a reasonable person would have done in all the circumstances. The *de facto* or applied standard of care, however, may vary with the activity in question and the circumstances in the particular case. The law of civil negligence is helpful in understanding this distinction. In *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (20th ed 1992), at pp. 227-28, the authors explain that the standard of care

jugement que possèdent les êtres humains»: *Vaughan c. Menlove* (1837), 3 Bing. (N.C.) 468, 132 E.R. 490, à la p. 475; voir A. M. Linden, *La responsabilité civile délictuelle*, (4^e éd. 1988) à la p. 142. Pour peu qu'on ait la capacité d'apprécier le risque, ni le manque d'instruction ni les prédispositions psychologiques ne peuvent servir d'excuse pour une conduite criminelle, quoique ces facteurs puissent s'avérer importants au stade de la détermination de la peine.

Cela ne veut toutefois pas dire que la question de la culpabilité se tranche dans un vide factuel. Quoique l'obligation légale incombant à l'accusé ne soit pas particularisée par ses caractéristiques personnelles autres que l'incapacité, elle se particularise dans les faits par la nature de l'activité et les circonstances entourant l'omission de l'accusé de faire preuve de la diligence requise. Comme le fait remarquer le juge McIntyre dans l'arrêt *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392, la réponse à la question de savoir si l'accusé a fait preuve de diligence raisonnable doit se fonder sur l'examen de toutes les circonstances de l'affaire. Il faut se demander ce qu'aurait fait une personne raisonnablement prudente dans les mêmes circonstances. Ainsi, un soudeur qui cause une explosion en allumant son chalumeau peut se voir excuser si, d'après les renseignements qu'il a demandés et auxquels il pouvait raisonnablement ajouter foi, il n'y avait pas de gaz explosif à l'endroit en question. La nécessité de prendre en considération toutes les circonstances en appliquant le critère objectif à des infractions de négligence pénale a été confirmée dans l'arrêt *R. c. Hundal*, précité.

La question peut être envisagée de la manière suivante. La norme juridique de diligence reste toujours la même: ce qu'aurait fait une personne raisonnable dans les mêmes circonstances. La norme effectivement appliquée peut toutefois varier en fonction de l'activité dont il s'agit et des circonstances de l'espèce. C'est là une distinction que nous aide à saisir le droit en matière de négligence civile. Les auteurs de *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (20^e éd. 1992), aux pp. 227 et 228, expliquent en effet que la norme de diligence

will be different in different cases, for a reasonable person will not show the same anxious care when handling an umbrella as when handling a loaded gun. [*Beckett v. Newalls Insulation Co. Ltd.*, [1953] 1 W.L.R. 8, at p. 17]. . . But this is a different thing from recognising different legal standards of care; the test of negligence is the same in all cases. So a learner driver must comply with the same objective and impersonal standard as any other driver. [*Nettleship v. Weston*, [1971] 2 Q.B. 691] So also must a driver who is old or infirm, as distinct from totally unconscious. [*Roberts v. Ramsbottom*, [1980] 1 W.L.R. 823] [Emphasis added.]

The same reasoning applies in the criminal context.

We see then that the care required by some activities is greater than the care required by others. For example, under s. 216 of the *Criminal Code*, it has been held that persons administering medical treatment will be held to the special standard appropriate to that activity (*R. v. Rogers*, [1968] 4 C.C.C. 278 (B.C.C.A.); *R. v. Sullivan* (1986), 31 C.C.C. (3d) 62 (B.C.S.C.)). Such a standard has long been recognized by the common law, which made no distinction on the basis of the actor, only on the basis of the activity: "It is no crime for any one to administer medicine, but it is a crime to administer it so rashly and carelessly as to produce death; and in this respect there is no difference between the most regular practitioner and the greatest quack" (*R. v. Crick* (1859), 1 F. & F. 519, 175 E.R. 835). The standard flows from the circumstances of the activity. It does not vary with the experience or ability of the actual accused.

A person may fail to meet an elevated *de facto* standard of care in either of two ways. First, the person may undertake an activity requiring special care when he or she is not qualified to give that care. Absent special excuses like necessity, this may constitute culpable negligence. An untrained person undertaking brain surgery might violate the standard in this way. Second, a person who is qualified may negligently fail to exercise the special

[TRADUCTION] diffère d'une affaire à l'autre, car une personne raisonnable ne manie pas un parapluie avec la même prudence anxieuse qu'elle apporte au maniement d'une arme à feu chargée. [*Beckett c. Newalls Insulation Co. Ltd.*, [1953] 1 W.L.R. 8, à la p. 17] [. . .] Mais cela n'équivaut aucunement à la reconnaissance de différentes normes de diligence juridiques; le critère de négligence est le même dans tous les cas. Ainsi, les candidats au permis de conduire doivent respecter la même norme objective et impersonnelle que tout autre conducteur. [*Nettleship c. Weston*, [1971] 2 Q.B. 691] Il en va de même d'un conducteur qui est vieux ou infirme, par opposition à totalement inconscient. [*Roberts c. Ramsbottom*, [1980] 1 W.L.R. 823] [Je souligne.]

Ce même raisonnement s'applique en matière pénale.

On peut donc constater que certaines activités appellent une plus grande prudence que d'autres. Dans le contexte de l'art. 216 du *Code criminel*, par exemple, il a été statué que les personnes qui administrent un traitement médical sont assujetties à la norme spéciale qui convient à cette activité (*R. c. Rogers*, [1968] 4 C.C.C. 278 (C.A.C.-B.); *R. c. Sullivan* (1986), 31 C.C.C. (3d) 62 (C.S.C.-B.)). Cette norme est depuis longtemps reconnue en common law, celle-ci ne faisant aucune distinction fondée sur l'auteur de l'acte, mais distinguant seulement en fonction de l'activité: [TRADUCTION] «L'administration d'un traitement médical n'est pas un crime; c'en est un toutefois de l'administrer témérement et imprudemment au point de causer la mort. À cet égard il n'y a aucune différence entre le médecin le plus compétent et le plus grand charlatan» (*R. c. Crick* (1859), 1 F. & F. 519, 175 E.R. 835). La norme découle des circonstances dans lesquelles s'exerce l'activité. Elle ne varie pas selon l'expérience ou les aptitudes de l'accusé en cause.

Il y a deux façons dont une personne peut ne pas satisfaire à une norme de diligence qui est sévère dans son application. Premièrement, elle peut entreprendre une activité qui nécessite une prudence particulière alors même qu'elle n'est pas compétente pour exercer cette prudence. En l'absence d'excuses spéciales comme la nécessité, cela peut constituer une négligence coupable. C'est le genre de violation de la norme que pourrait com-

care required by the activity. A brain surgeon performing surgery in a grossly negligent way might violate the standard in this second way. The standard is the same, although the means by which it is breached may differ.

Just as the adoption of a uniform standard of care which is blind to personal characteristics of the accused short of incapacity precludes lowering the standard for deficiencies of experience and temperament, so it precludes raising the standard for special experience or training. Since the criminal law is concerned with setting minimum standards for human conduct, it would be inappropriate to hold accused persons to a higher standard of care by reason of the fact that they may be better informed or better qualified than the person of reasonable prudence. Some activities may impose a higher *de facto* standard than others; brain surgery requires more care than applying an antiseptic. But as discussed earlier, this flows from the circumstances of the activity, not from the expertise of the actor.

The foregoing analysis suggests the following line of inquiry in cases of penal negligence. The first question is whether *actus reus* is established. This requires that the negligence constitute a marked departure from the standards of the reasonable person in all the circumstances of the case. This may consist in carrying out the activity in a dangerous fashion, or in embarking on the activity when in all the circumstances it is dangerous to do so.

The next question is whether the *mens rea* is established. As is the case with crimes of subjective *mens rea*, the *mens rea* for objective foresight

mettre une personne qui, sans avoir reçu la formation voulue, pratiquerait une intervention chirurgicale au cerveau. Deuxièmement, une personne compétente pourrait par négligence omettre d'exercer la prudence spéciale qu'appelle l'activité en question. Un chirurgien spécialisé dans le domaine, qui pratiquerait d'une manière grossièrement négligente une intervention chirurgicale au cerveau, violerait peut-être la norme de cette seconde façon. La norme est la même dans les deux cas, quoiqu'il puisse y avoir une différence quant à la façon de la transgresser.

De même que l'adoption d'une norme de diligence uniforme qui fait abstraction des caractéristiques personnelles de l'accusé autres que l'incapacité exclut toute baisse de la norme en raison de l'inexpérience et de défauts de caractère, de même, son adoption interdit que cette norme soit rendue plus sévère en raison d'une expérience ou d'une formation spéciales. Puisque le droit criminel se préoccupe de la fixation de normes minimales applicables à la conduite humaine, il ne conviendrait pas de soumettre un accusé à une norme plus sévère de diligence du fait qu'il peut être mieux renseigné ou plus compétent qu'une personne d'une prudence raisonnable. Certaines activités pourront dans les faits commander une norme plus sévère que d'autres; pratiquer une intervention chirurgicale au cerveau exige une plus grande prudence que l'application d'un antiseptique. Mais, je le répète, cela découle des circonstances dans lesquelles s'exerce l'activité et ne tient nullement à la compétence de l'auteur de l'acte.

Voici, d'après l'analyse qui précède, les questions qu'il faut se poser dans des affaires de négligence pénale. On doit se demander en premier lieu si l'*actus reus* a été prouvé. Il faut pour cela que la négligence représente dans toutes les circonstances de l'affaire un écart marqué par rapport à la norme de la personne raisonnable. Cet écart peut consister à exercer l'activité d'une manière dangereuse ou bien à s'y livrer alors qu'il est dangereux de le faire dans les circonstances.

Se pose ensuite la question de savoir si la *mens rea* a été établie. Comme c'est le cas des crimes comportant une *mens rea* subjective, la *mens rea*

of risking harm is normally inferred from the facts. The standard is that of the reasonable person in the circumstances of the accused. If a person has committed a manifestly dangerous act, it is reasonable, absent indications to the contrary, to infer that he or she failed to direct his or her mind to the risk and the need to take care. However, the normal inference may be negated by evidence raising a reasonable doubt as to lack of capacity to appreciate the risk. Thus, if a *prima facie* case for *actus reus* and *mens rea* are made out, it is necessary to ask a further question: did the accused possess the requisite capacity to appreciate the risk flowing from his conduct? If this further question is answered in the affirmative, the necessary moral fault is established and the accused is properly convicted. If not, the accused must be acquitted.

I believe the approach I have proposed to rest on sound principles of criminal law. Properly applied, it will enable the conviction and punishment of those guilty of dangerous or unlawful acts which kill others. It will permit Parliament to set a minimum standard of care which all those engaged in such activities must observe. And it will uphold the fundamental principle of justice that criminal liability must not be imposed in the absence of moral fault.

I conclude that the legal standard of care for all crimes of negligence is that of the reasonable person. Personal factors are not relevant, except on the question of whether the accused possessed the necessary capacity to appreciate the risk.

C. Application of the Law to this Appeal

The trial judge properly found that Mr. Creighton committed the unlawful act of trafficking in cocaine. He also found that he was guilty of criminal negligence, using the standard which I view as

requise pour qu'il y ait prévision objective du risque de causer un préjudice s'infère normalement des faits. La norme applicable est celle de la personne raisonnable se trouvant dans la même situation que l'accusé. Si une personne a commis un acte manifestement dangereux, il est raisonnable, en l'absence d'indications du contraire, d'en déduire qu'elle n'a pas réfléchi au risque et à la nécessité de prudence. L'inférence normale peut toutefois être écartée par une preuve qui fait naître un doute raisonnable quant à l'absence de capacité d'apprécier le risque. Ainsi, si l'*actus reus* et la *mens rea* sont tous deux établis au moyen d'une preuve suffisante à première vue, il faut se demander en outre si l'accusé possédait la capacité requise d'apprécier le risque inhérent à sa conduite. Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à cette dernière question, la faute morale nécessaire est établie et un verdict de culpabilité peut à bon droit être rendu contre l'accusé. Dans l'hypothèse contraire, c'est un verdict d'acquiescement qui s'impose.

Je crois que la démarche que je propose se fonde sur de solides principes de droit criminel. Correctement suivie, elle permettra que soit déclaré coupable et puni quiconque commet des actes dangereux ou illégaux qui provoquent la mort d'autrui. Elle permettra également au législateur de fixer une norme de diligence minimale à observer par tous ceux qui se livrent à de telles activités. Elle permettra enfin de maintenir le principe de justice fondamentale selon lequel on ne doit pas conclure à la responsabilité criminelle en l'absence de faute morale.

Je conclus donc que la norme de diligence juridique pour tous les crimes de négligence est celle de la personne raisonnable. Les facteurs personnels n'ont aucune pertinence, si ce n'est relativement à la question de savoir si l'accusé avait la capacité requise pour apprécier le risque.

C. L'application des règles de droit en l'espèce

Le juge du procès a conclu, à bon droit, que M. Creighton avait commis l'acte illégal de trafic de cocaïne. De plus, il l'a jugé coupable de négligence criminelle selon la norme que j'estime être

correct, the standard of the reasonable person. The only remaining question, on the view I take of the law, was whether the reasonable person in all the circumstances would have foreseen the risk of bodily harm. I am satisfied that the answer to this question must be affirmative. At the very least, a person administering a dangerous drug like cocaine to another has a duty to inform himself as to the precise risk the injection entails and to refrain from administering it unless reasonably satisfied that there was no risk of harm. That was not the case here, as the trial judge found.

The conviction was properly entered and should not be disturbed. Like the Chief Justice, I find it unnecessary to consider the alternative ground of manslaughter by criminal negligence.

I would answer the constitutional question in the negative and dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Rosen, Fleming, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: François Huot, Québec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Deborah Carlson, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.

celle qu'il convient d'appliquer, soit la norme de la personne raisonnable. Il ne reste donc qu'à se demander, vu mon interprétation des règles de droit applicables si, compte tenu de toutes les circonstances, une personne raisonnable aurait prévu le risque de lésions corporelles. Je suis convaincue que la réponse à cette question doit être affirmative. Tout au moins, il incombe à une personne qui administre à autrui une drogue dangereuse comme la cocaïne de se renseigner sur le risque précis que comporte l'injection et de ne l'administrer que s'il a des motifs raisonnables de croire à l'absence d'un risque de préjudice. Comme l'a conclu le juge du procès, tel n'a pas été le cas en l'espèce.

C'est à bon droit que le verdict de culpabilité a été inscrit et il n'y a pas lieu de le modifier. Pas plus que le Juge en chef, je n'estime nécessaire d'examiner le fondement subsidiaire de l'accusation d'homicide involontaire coupable, à savoir la négligence criminelle.

Je suis d'avis de donner à la question constitutionnelle une réponse négative et de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Rosen, Fleming, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: François Huot, Québec.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Deborah Carlson, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.