

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Meredith Katharine Borowiec** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,  
Women’s Legal Education and  
Action Fund Inc. and  
Criminal Lawyers’ Association  
of Ontario** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. BOROWIEC**

**2016 SCC 11**

File No.: 36585.

2016: January 20; 2016: March 24.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Cromwell,  
Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ALBERTA

*Criminal law — Infanticide — Elements of offence — Accused found guilty of infanticide in relation to her deceased newborns — Offence provision providing that female person commits infanticide when by wilful act or omission she causes death of her newly-born child, if at time of act or omission she is not fully recovered from effects of giving birth to child and by reason thereof or of effect of lactation consequent on birth of child her mind is then disturbed — Legal meaning of expression “her mind is then disturbed” — Whether trial judge failed to apply legal standard set out by statutory language and failed to appreciate evidence of accused’s mental state — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 233.*

In October 2010, a newborn child was found crying in a dumpster. B admitted that she had given birth to the child. She later admitted to having delivered two other babies in 2008 and 2009 and leaving each of them in a dumpster. B was charged with two counts of second degree murder in relation to the deceased newborns. The trial judge acquitted B of murder and found her guilty of

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Meredith Katharine Borowiec** *Intimée*

et

**Procureur général de l’Ontario,  
Fonds d’action et d’éducation juridiques  
pour les femmes inc. et  
Criminal Lawyers’ Association  
of Ontario** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. BOROWIEC**

**2016 CSC 11**

N° du greffe : 36585.

2016 : 20 janvier; 2016 : 24 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ALBERTA

*Droit criminel — Infanticide — Éléments de l’infraction — Accusée déclarée coupable d’infanticide eu égard à ses nouveau-nés décédés — Disposition pénale portant qu’une femme commet le crime d’infanticide lorsque, par un acte ou une omission volontaire, elle cause la mort de son enfant nouveau-né alors qu’elle n’est pas complètement remise d’avoir donné naissance à l’enfant et si, de ce fait ou par suite de la lactation conséquente à la naissance de l’enfant, son esprit est alors déséquilibré — Sens juridique de la proposition « son esprit est alors déséquilibré » — Le juge du procès a-t-il omis d’appliquer la norme juridique établie par le libellé de la disposition et d’apprécier la preuve de l’état d’esprit de l’accusée? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 233.*

En octobre 2010, un enfant nouveau-né a été trouvé en pleurs dans une benne à ordures. B a avoué avoir donné naissance à l’enfant. Elle a avoué par la suite avoir donné naissance à deux autres bébés, en 2008 et 2009 respectivement, et les avoir laissés tous deux dans une benne à ordures. B a été accusée de deux chefs de meurtre au deuxième degré eu égard aux nouveau-nés décédés. Le

two counts of infanticide. The majority of the Court of Appeal dismissed the Crown's appeal.

*Held:* The appeal should be dismissed.

Infanticide is a form of culpable homicide and applies in the narrow set of circumstances where (1) a mother, by a wilful act or omission, kills her newborn child and, (2) at the time of the act or omission, the mother's mind is "disturbed" either because she is not fully recovered from the effects of giving birth or by reason of the effect of lactation.

The question of the meaning of the phrase "her mind is then disturbed" is one of statutory interpretation. The grammatical and ordinary sense of the words, their place within the *Criminal Code*, the provision's legislative history and evolution, and the jurisprudence interpreting the phrase "her mind is then disturbed" do not support the conclusion that Parliament intended to restrict the concept of a disturbed mind to those who have "a substantial psychological problem". Rather, the phrase "mind is then disturbed" should be applied as follows: (a) the word "disturbed" is not a legal or medical term of art, but should be applied in its grammatical and ordinary sense; (b) in the context of whether a mind is disturbed, the term can mean "mentally agitated", "mentally unstable" or "mental discomposure"; (c) the disturbance need not constitute a defined mental or psychological condition or a mental illness. It need not constitute a mental disorder under s. 16 of the *Criminal Code* or amount to a significant impairment of the accused's reasoning faculties; (d) the disturbance must be present at the time of the act or omission causing the "newly-born" child's death and the act or omission must occur at a time when the accused is not fully recovered from the effects of giving birth or of lactation; (e) there is no requirement to prove that the act or omission was caused by the disturbance. The disturbance is part of the *actus reus* of infanticide, not the *mens rea*; (f) the disturbance must be "by reason of" the fact that the accused was not fully recovered from the effects of giving birth or from the effect of lactation consequent on the birth of the child.

The trial judge, relying on the defence expert's opinion and the evidence as a whole, concluded that B's mind was "disturbed" as a result of not yet having fully recovered from the effects of giving birth. There was no error in the trial judge's summary of the law of infanticide. Based on his assessment of the evidence, the trial judge was entitled

juge du procès a acquitté B des accusations de meurtre et l'a déclarée coupable de deux chefs d'infanticide. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont rejeté l'appel formé par le ministère public.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

L'infanticide est une forme d'homicide coupable qui s'applique dans les circonstances très restreintes où (1) une mère, par un acte ou une omission volontaire, cause la mort de son enfant nouveau-né et où (2) au moment de l'acte ou de l'omission, l'esprit de la mère est « déséquilibré » soit parce qu'elle n'est pas complètement remise d'avoir donné naissance ou du fait de la lactation.

La question du sens de la proposition « son esprit est alors déséquilibré » en est une d'interprétation législative. Le sens ordinaire et grammatical des mots, leur place dans le *Code criminel*, l'historique législatif de la disposition et son évolution, de même que la jurisprudence qui a interprété la proposition « son esprit est alors déséquilibré », n'appuient pas la conclusion selon laquelle le législateur voulait limiter l'application du concept d'esprit déséquilibré aux personnes atteintes d'« un grave trouble psychologique ». La proposition « son esprit est alors déséquilibré » doit plutôt être ainsi appliquée : a) le mot « déséquilibré » n'est pas un terme juridique ou médical technique; il faut plutôt l'appliquer dans son sens ordinaire et grammatical; b) lorsqu'il s'agit de déterminer si un esprit est déséquilibré, ce mot peut vouloir dire « mentalement agité », « mentalement instable » ou « frappé de confusion mentale »; c) le déséquilibre n'a pas à constituer un trouble mental ou psychologique défini ou encore une maladie mentale; il n'a pas non plus à constituer un « trouble mental » au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'art. 16 du *Code criminel* ni ne suppose un affaiblissement important des facultés de raisonnement de l'accusée; d) le déséquilibre doit être présent au moment de l'acte ou de l'omission causant la mort de l'enfant nouveau-né et cet acte ou cette omission doit survenir à un moment où l'accusée n'est pas complètement remise d'avoir donné naissance ou de la lactation; e) il n'est pas nécessaire de prouver que l'acte ou l'omission découle du déséquilibre, lequel fait partie de l'*actus reus* de l'infanticide et non pas de sa *mens rea*; f) le déséquilibre doit avoir résulté « du fait » que l'accusée n'était pas complètement remise d'avoir donné naissance ou de la lactation consécutive à la naissance de l'enfant.

Le juge du procès, se fondant sur l'avis de l'experte de la défense et sur l'ensemble de la preuve, a conclu que l'esprit de B était « déséquilibré » du fait qu'elle n'était toujours pas complètement remise d'avoir donné naissance. Le résumé du droit de l'infanticide qu'a fait le juge du procès ne contenait aucune erreur. Vu son appréciation

to conclude or have a reasonable doubt that B's mind was "disturbed" at the time of the offences despite any indication of rational behaviour and wilful blindness.

### Cases Cited

**Approved:** *R. v. L.B.*, 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365, aff'g (2008), 237 C.C.C. (3d) 215, leave to appeal refused, [2011] 3 S.C.R. x; **referred to:** *R. v. Coombs*, 2003 ABQB 818, 343 A.R. 212; *R. v. Guimont* (1999), 141 C.C.C. (3d) 314; *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871; *R. v. Leung*, 2014 BCSC 558.

### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Criminal Code*, S.C. 1948, c. 39, s. 7.  
*Coroners and Justice Act 2009* (U.K.), c. 25, s. 57.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1927, c. 36, s. 262.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 2 "mental disorder", "newly-born child", 16, 233, 663(b), 672.11(c).  
*Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51, s. 204.  
*Infanticide Act, 1922* (U.K.), 12 & 13 Geo. 5, c. 18, s. 1(1).  
*Infanticide Act, 1938* (U.K.), 1 & 2 Geo. 6, c. 36, s. 1(1).

### Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. V, 4th Sess., 20th Parl., June 14, 1948, pp. 5184-87.  
 Davies, D. Seaborne. "Child-Killing in English Law" (1937), 1 *Mod. L. Rev.* 203.  
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
*Grand Robert de la langue française*, 2<sup>e</sup> éd. Paris: Le Robert, 2001, "déséquilibré".  
*Oxford English Dictionary*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "disturbed".  
 United Kingdom. House of Lords. *Hansard*, series 5, vol. 50, May 25, 1922, pp. 758-59, 761-62, 765 and 768 (online: <http://hansard.millbanksystems.com/lords/1922/may/25/child-murder-trial-bill>).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Côté, McDonald and Wakeling JJ.A.), 2015 ABCA 232, 21 Alta. L.R. (6th) 301, 326 C.C.C. (3d) 438, 22 C.R. (7th) 132, [2015] A.J. No. 752 (QL), 2015 CarswellAlta 1237 (WL Can.), affirming the accused's convictions for infanticide. Appeal dismissed.

de la preuve, le juge du procès pouvait conclure que l'esprit de B était « déséquilibré » au moment des infractions malgré les indices de comportement rationnel et d'aveulement volontaire; il pouvait aussi avoir un doute raisonnable à cet égard.

### Jurisprudence

**Arrêt approuvé :** *R. c. L.B.*, 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365, conf. (2008), 237 C.C.C. (3d) 215, autorisation d'appel refusée, [2011] 3 R.C.S. x; **arrêts mentionnés :** *R. c. Coombs*, 2003 ABQB 818, 343 A.R. 212; *R. c. Guimont* (1999), 33 C.R. (5th) 160; *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871; *R. c. Leung*, 2014 BCSC 558.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 2 « enfant nouveau-né » ou « nouveau-né », « troubles mentaux », 16, 233, 663b), 672.11c).  
*Code criminel*, S.C. 1953-54, c. 51, art. 204.  
*Code criminel*, S.R.C. 1927, c. 36, art. 262.  
*Coroners and Justice Act 2009* (R.-U.), c. 25, art. 57.  
*Infanticide Act, 1922* (R.-U.), 12 & 13 Geo. 5, c. 18, art. 1(1).  
*Infanticide Act, 1938* (R.-U.), 1 & 2 Geo. 6, c. 36, art. 1(1).  
*Loi modifiant le Code criminel*, S.C. 1948, c. 39, art. 7.

### Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. V, 4<sup>e</sup> sess., 20<sup>e</sup> lég., 14 juin 1948, p. 5329-5332.  
 Davies, D. Seaborne. « Child-Killing in English Law » (1937), 1 *Mod. L. Rev.* 203.  
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.  
*Grand Robert de la langue française*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Le Robert, 2001, « déséquilibré ».  
*Oxford English Dictionary*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1989, « disturbed ».  
 Royaume-Uni. House of Lords. *Hansard*, series 5, vol. 50, May 25, 1922, pp. 758-59, 761-62, 765 and 768 (en ligne : <http://hansard.millbanksystems.com/lords/1922/may/25/child-murder-trial-bill>).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Côté, McDonald et Wakeling), 2015 ABCA 232, 21 Alta. L.R. (6th) 301, 326 C.C.C. (3d) 438, 22 C.R. (7th) 132, [2015] A.J. No. 752 (QL), 2015 CarswellAlta 1237 (WL Can.), qui a confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusée pour infanticide. Pourvoi rejeté.

*Julie Morgan and Joanne Dartana*, for the appellant.

*Andrea L. Serink and Alias Amelia Sanders*, for the respondent.

*Jocelyn Speyer*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Jessica Orkin, Kim Stanton and Frances Mahon*, for the intervener the Women’s Legal Education and Action Fund Inc.

*Jonathan Dawe and Michael Dineen*, for the intervener the Criminal Lawyers’ Association of Ontario.

The judgment of the Court was delivered by

CROMWELL J. —

## I. Introduction

[1] This case requires us to explore a particularly dark corner of the criminal law, the law of infanticide. Section 233 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, provides that “[a] female person commits infanticide when by a wilful act or omission she causes the death of her newly-born child, if at the time of the act or omission she is not fully recovered from the effects of giving birth to the child and by reason thereof or of the effect of lactation consequent on the birth of the child her mind is then disturbed”. The focus of the appeal is the legal meaning of the phrase “her mind is then disturbed”, a phrase which is not defined in the *Code* and for which the case law has provided little explanation.

[2] In my opinion, Parliament intended the concept of a “disturbed” mind in this offence to have its ordinary meaning, so as to provide a broad and flexible legal standard which will serve the ends of justice in the particular circumstances of these difficult cases. While we can provide some limited guidance

*Julie Morgan et Joanne Dartana*, pour l’appelante.

*Andrea L. Serink et Alias Amelia Sanders*, pour l’intimée.

*Jocelyn Speyer*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

*Jessica Orkin, Kim Stanton et Frances Mahon*, pour l’intervenant le Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes inc.

*Jonathan Dawe et Michael Dineen*, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association of Ontario.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CROMWELL —

## I. Introduction

[1] En l’espèce, nous sommes appelés à étudier un aspect particulièrement sombre du droit criminel, le droit de l’infanticide. Aux termes de l’art. 233 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 (« *C. cr.* »), « [u]ne personne de sexe féminin commet un crime d’infanticide lorsque, par un acte ou une omission volontaire, elle cause la mort de son enfant nouveau-né, si au moment de l’acte ou de l’omission elle n’est pas complètement remise d’avoir donné naissance à l’enfant et si, de ce fait ou par suite de la lactation consécutive à la naissance de l’enfant, son esprit est alors déséquilibré ». Le nœud du pourvoi réside dans le sens juridique de la proposition « son esprit est alors déséquilibré », qui n’est pas définie dans le *Code criminel* et au sujet de laquelle la jurisprudence donne peu d’explications.

[2] À mon avis, le législateur voulait donner à la notion d’esprit « déséquilibré » dans le contexte de cette infraction son sens ordinaire, pour qu’elle constitue une norme juridique générale et souple qui sert l’intérêt de la justice dans les circonstances particulières de ces cas difficiles. Bien que nous

for trial judges and juries, the rest is left, by Parliament's design, to their good judgment.

## II. Overview of Facts, Issues and Judicial History

[3] In October 2010, a newborn child was found crying in a dumpster. The respondent, who was sitting nearby, admitted that she had given birth to the child. She later admitted to having delivered two other babies in 2008 and 2009 and leaving each of them in a dumpster.

[4] The respondent was charged with two counts of second degree murder in relation to the deceased newborns. Two expert witnesses were called at trial, each with opposing views on whether the respondent's mind was disturbed at the time of the offences.

[5] Dr. Kenneth Hashman, called by the Crown, was of the opinion that the respondent's "balance of the mind", as that expression is used in s. 672.11(c) of the *Criminal Code*, was not disturbed at the time of the commission of the alleged offences in 2008 and 2009. Dr. Jeannette Smith, called by the defence, concluded that the respondent's actions were explained by her mind being disturbed as a result of her not yet having fully recovered from the effects of giving birth.

[6] The main issue at trial and on appeal was whether the evidence gave rise to a reasonable doubt as to whether the respondent's mind, at the time of the acts which resulted in the children's deaths, was disturbed by reason of not having fully recovered from the effects of giving birth or lactation.

[7] The trial judge accepted Dr. Smith's opinion. In rejecting Dr. Hashman's opinion, the trial judge noted that the expert failed to refer to an "important symptom" in his final report (namely that the respondent suffered "significant depersonalization" evidenced by statements that she felt like she had

puissions donner quelques précisions aux juges de première instance et aux jurés, le reste est laissé, par les soins du législateur, à leur bon jugement.

## II. Aperçu des faits, questions en litige et historique judiciaire

[3] En octobre 2010, un enfant nouveau-né a été trouvé en pleurs dans une benne à ordures. L'intimée, qui était assise à proximité, a admis avoir donné naissance à l'enfant. Elle a avoué par la suite avoir donné naissance à deux autres bébés, en 2008 et 2009 respectivement, et les avoir laissés tous deux dans une benne à ordures.

[4] L'intimée a été accusée de deux chefs de meurtre au deuxième degré eu égard aux nouveau-nés décédés. Deux experts ont été cités à témoigner au procès et ont exprimé des opinions opposées sur la question de savoir si l'esprit de l'intimée était déséquilibré au moment où les infractions ont été commises.

[5] Le D<sup>r</sup> Kenneth Hashman, cité par le ministère public, s'est dit d'avis que l'intimée n'était pas [TRADUCTION] « mentalement déséquilibrée » — expression qui figure à l'al. 672.11c) du *C. cr.* — au moment où les infractions auraient été commises en 2008 et 2009. La D<sup>re</sup> Jeannette Smith, citée par la défense, a conclu pour sa part que les gestes de l'intimée s'expliquaient par le déséquilibre de son esprit du fait qu'elle n'était toujours pas complètement remise d'avoir donné naissance.

[6] Au procès et en appel, la principale question était celle de savoir si la preuve soulevait un doute raisonnable quant à savoir si l'esprit de l'intimée, au moment où ont été posés les actes qui ont entraîné la mort des enfants, était déséquilibré parce qu'elle n'était pas complètement remise d'avoir donné naissance ou par suite de la lactation.

[7] Le juge du procès a donné foi à l'opinion de la D<sup>re</sup> Smith. En rejetant celle du D<sup>r</sup> Hashman, il a noté que l'expert avait omis de faire référence dans son rapport final à un [TRADUCTION] « important symptôme » (soit que l'intimée avait souffert d'une « dépersonnalisation avancée » dont témoignent ses

“zero control” of her actions and was “observing from outside” her own body); erroneously applied the “balance of the mind” language found under s. 672.11(c) of the *Criminal Code*; and that he seemed to require that the respondent have a mental disorder in order to have a disturbed mind.

[8] In addition to Dr. Smith’s opinion, the trial judge considered the case as a whole, including that the respondent had no criminal record and no psychopathic or sociopathic tendencies. The trial judge concluded, as a result of the respondent’s “bizarre actions” and Dr. Smith’s opinion, that the respondent’s mind was disturbed as a result of the births. Consequently, the trial judge found that the Crown failed to prove beyond a reasonable doubt that the respondent’s mind was not disturbed. The trial judge acquitted the respondent of murder and found her guilty of two counts of infanticide.

[9] On the Crown’s appeal of the acquittal at trial, the Court of Appeal divided. The majority upheld the acquittals on the counts of second degree murder. Côté and McDonald J.J.A., writing for the majority, held that Parliament was deliberately vague in defining infanticide and that Parliament intended to set “a very low threshold” in using the term “disturbed”: 2015 ABCA 232, 21 Alta. L.R. (6th) 301, at para. 45, citing *R. v. Coombs*, 2003 ABQB 818, 343 A.R. 212, at paras. 32 and 37. The majority also concluded that, while s. 233 does not refer to “balance of the mind”, it was unlikely that Parliament intended any significant difference between that language and the “mind is disturbed” as found in s. 233: para. 50. While the trial judge was wrong on this point, the majority ultimately found no error in the trial judge’s analysis of the law on infanticide and dismissed the appeal.

déclarations selon lesquelles elle n’avait « aucune maîtrise » de ses gestes et qu’elle « avait observé » son propre corps « de l’extérieur ». Selon le juge du procès, le D<sup>e</sup> Hashman avait en outre mal appliqué le terme « mentalement déséquilibré » qui figure à l’al. 672.11c) du *C. cr.*, en plus, enfin, d’exiger que l’intimée souffre d’un trouble mental pour que son esprit ait été déséquilibré.

[8] Outre l’opinion de la D<sup>e</sup> Smith, le juge du procès a examiné le dossier dans son ensemble, y compris le fait que l’intimée n’avait ni antécédents judiciaires ni tendances psychopathes ou sociopathes. Le juge du procès a conclu que, compte tenu de l’opinion de la D<sup>e</sup> Smith ainsi que des [TRADUCTION] « gestes bizarres » posés par l’intimée, l’esprit de cette dernière était déséquilibré par suite des naissances. En conséquence, il a conclu que le ministère public n’avait pas prouvé hors de tout doute raisonnable que l’esprit de l’intimée n’était pas déséquilibré. Le juge du procès a donc acquitté l’intimée des accusations de meurtre et l’a déclarée coupable de deux chefs d’infanticide.

[9] Quant à l’appel formé par le ministère public contre l’acquittement prononcé au terme du procès, la Cour d’appel a été partagée. Les juges majoritaires ont maintenu les acquittements quant aux chefs de meurtre au deuxième degré. Les juges Côté et McDonald, qui ont rédigé l’opinion majoritaire, ont conclu que le législateur avait délibérément défini l’infanticide en termes vagues et qu’il souhaitait fixer un [TRADUCTION] « critère très peu exigeant » en utilisant le terme « déséquilibré » : 2015 ABCA 232, 21 Alta. L.R. (6th) 301, par. 45, citant *R. c. Coombs*, 2003 ABQB 818, 343 A.R. 212, par. 32 et 37. Les juges majoritaires ont également conclu que, même si l’art. 233 ne fait pas référence à une accusée [TRADUCTION] « mentalement déséquilibrée », il était improbable que le législateur ait voulu une différence significative entre cette formulation et l’expression « esprit déséquilibré » qui figure à l’art. 233 : par. 50. Même si le juge du procès avait eu tort sur ce point, les juges majoritaires ont ultimement conclu qu’il n’avait commis aucune erreur dans son analyse du droit de l’infanticide et ont rejeté l’appel.

[10] The dissenting justice, Wakeling J.A., found that a woman had a “disturbed” mind only if her psychological health was substantially compromised because she recently gave birth and she had a newborn to care for and, as a result, her ability to make rational decisions promoting the best interests of her child was substantially impaired. Wakeling J.A. found that the trial judge and the experts failed to apply this standard (or any other standard) and would have allowed the appeal and ordered a new trial.

[11] The main issue on the further appeal to this Court concerns the legal meaning of the phrase “her mind is then disturbed”. I will first put this issue in the context of the law of infanticide and then turn to the definitional issue.

### III. Analysis

#### A. *Overview of the Law of Infanticide*

[12] The law of infanticide has been comprehensively reviewed by the Ontario Court of Appeal in *R. v. L.B.*, 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365, leave to appeal refused, [2011] 4 S.C.R. x. I need do little more than summarize its key conclusions.

[13] Infanticide, which is defined in s. 233 of the *Criminal Code*, is a form of culpable homicide and applies in the narrow set of circumstances where (1) a mother, by a wilful act or omission, kills her newborn child (under one year of age, as defined by the *Criminal Code*, s. 2) and, (2) at the time of the act or omission, the mother’s mind is “disturbed” either because she is not fully recovered from the effects of giving birth or by reason of the effect of lactation: *L.B.*, at para. 58.

[14] This definition “requires a mother-child relationship between the perpetrator and the victim”: *L.B.*, at para. 59. Further, “the mental state of the

[10] Le juge Wakeling, dissident, a jugé pour sa part qu’une femme n’a l’esprit « déséquilibré » que si sa santé psychologique est gravement compromise du fait qu’elle a donné naissance peu de temps auparavant et qu’elle doit prendre soin d’un nouveau-né et que, en conséquence, sa capacité de prendre des décisions rationnelles dans l’intérêt de son enfant est considérablement affaiblie. Le juge Wakeling a conclu que le juge du procès et les experts n’avaient pas appliqué cette norme (ou quelque autre norme que ce soit) et il était d’avis d’accueillir l’appel et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès.

[11] La principale question en litige dans l’appel subséquent interjeté devant la Cour est celle du sens juridique de la proposition « son esprit est alors déséquilibré ». Je situerai tout d’abord cette question dans le contexte du droit de l’infanticide, puis traiterai du sens à lui donner.

### III. Analyse

#### A. *Aperçu du droit de l’infanticide*

[12] Le droit de l’infanticide a été examiné de fond en comble par la Cour d’appel de l’Ontario dans *R. c. L.B.*, 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365, demande d’autorisation d’appel refusée, [2011] 4 R.C.S. x. Je n’ai pour ma part qu’à en résumer les conclusions principales.

[13] Défini à l’art. 233 du *C. cr.*, l’infanticide est une forme d’homicide coupable qui s’applique dans les circonstances très restreintes où (1) une mère, par un acte ou une omission volontaire, cause la mort de son enfant nouveau-né (de moins d’un an, selon la définition qu’en donne l’art. 2 du *C. cr.* sous l’entrée « enfant nouveau-né ou nouveau-né ») et où (2) au moment de l’acte ou de l’omission, l’esprit de la mère est « déséquilibré » soit parce qu’elle n’est pas complètement remise d’avoir donné naissance ou du fait de la lactation : *L.B.*, par. 58.

[14] Selon cette définition, [TRADUCTION] « il doit exister une relation mère-enfant entre la victime et l’auteur du crime » : *L.B.*, par. 59. De plus, « l’esprit

perpetrator/mother must be disturbed and that disturbance must be connected to the effects of giving birth or lactation”: *ibid.* The offence of “infanticide does not require any causal connection between the disturbance of the mother’s mind and the decision to do the thing that caused her child’s death”: *ibid.*; *R. v. Guimont* (1999), 141 C.C.C. (3d) 314 (Que. C.A.), at p. 317. The disturbance is part of the *actus reus* of the offence, and not the *mens rea*: *L.B.*, at para. 59.

[15] Infanticide operates both as a stand-alone offence and as a partial defence, as in this case, to a charge of murder: *L.B.*, at paras. 99 and 104; *Guimont*, at p. 320. Where the evidence establishes an air of reality to an infanticide defence, the Crown must negate the defence beyond a reasonable doubt: *L.B.*, at para. 137.

[16] The *mens rea* of infanticide is the same as that required for manslaughter: *L.B.*, at para. 114. Thus, “to prove infanticide, the Crown must establish the *mens rea* associated with the unlawful act that caused the child’s death and [the] objective foreseeability of the risk of bodily harm to the child from that assault”: *ibid.*, at para. 121. As the Court of Appeal notes, it is the “unique *actus reus* of infanticide that distinguishes it from murder and manslaughter”: *ibid.*

[17] When infanticide is raised as a partial defence to a charge of murder or manslaughter, the jury should be instructed as set out in *L.B.*, at para. 139. Where the Crown proves that the accused committed a culpable homicide, the jury must consider the nature of the culpable homicide and whether it is infanticide. If the Crown fails to negate at least one of the elements of infanticide beyond a reasonable doubt, the jury must be instructed to return a verdict of not guilty of murder, but guilty of infanticide: *ibid.*

de [cette dernière], soit la mère, doit être déséquilibré et ce déséquilibre doit être lié aux effets de l’accouchement ou de la lactation » : *ibid.* « Pour être en présence d’un infanticide, il n’est pas nécessaire qu’il existe un lien de cause à effet entre le déséquilibre de l’esprit de la mère et la décision de poser le geste qui cause la mort de l’enfant » : *ibid.*; *R. c. Guimont*, (1999), 33 C.R. (5th) 160 (C.A. Qc), p. 162-163. Le déséquilibre fait partie intégrante de l’*actus reus* de l’infraction et non de sa *mens rea* : *L.B.*, par. 59.

[15] L’infanticide peut constituer à la fois une infraction autonome et, comme en l’espèce, une défense partielle en réponse à une accusation de meurtre : *L.B.*, par. 99 et 104; *Guimont*, p. 165. Lorsque la preuve donne une vraisemblance à la défense d’infanticide, le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable qu’elle ne s’applique pas : *L.B.*, par. 137.

[16] La *mens rea* de l’infanticide est la même que celle requise pour conclure à la perpétration d’un homicide involontaire : *L.B.*, par. 114. Ainsi, [TRADUCTION] « pour faire la preuve d’un infanticide, le ministère public doit établir la *mens rea* associée à l’acte illégal qui a causé la mort de l’enfant ainsi que la prévisibilité objective du risque que l’enfant subisse des lésions corporelles par suite de l’agression » : *ibid.*, par. 121. Comme l’a souligné la Cour d’appel, c’est « l’*actus reus* unique de l’infanticide qui le distingue du meurtre et de l’homicide involontaire » : *ibid.*

[17] Lorsque l’infanticide est invoqué à titre de défense partielle en réponse à une accusation de meurtre ou d’homicide involontaire, le jury doit être instruit tel qu’il est énoncé dans *L.B.*, par. 139. Si le ministère public prouve que l’accusée a commis un homicide coupable, le jury doit examiner la nature de cet homicide et se demander s’il s’agit d’un infanticide. Si le ministère public ne parvient pas à prouver l’inexistence d’au moins un des éléments constitutifs de l’infanticide hors de tout doute raisonnable, le juge du procès doit donner comme directive au jury de déclarer l’accusée non coupable de meurtre, mais coupable d’infanticide : *ibid.*



## B. *Disturbed Mind*

[18] The question of the meaning of the phrase “her mind is then disturbed” is one of statutory interpretation. To answer it, we apply the often reiterated “modern” approach which requires that we read the words in their “entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87. I will look at the grammatical and ordinary sense of the words, their place within the *Criminal Code*, the provision’s legislative history and evolution, and, finally, at the jurisprudence interpreting this phrase.

### (1) Grammatical and Ordinary Sense

[19] The adjective “disturbed” means “[d]isquieted; agitated; having the settled state, order, or position interfered with” and “emotionally or mentally unstable or abnormal”: *The Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989), at p. 872.

[20] The French version of the legislation provides that a woman commits infanticide “*si au moment de l’acte ou de l’omission elle n’est pas complètement remise d’avoir donné naissance à l’enfant et si, de ce fait ou par suite de la lactation consécutive à la naissance de l’enfant, son esprit est alors déséquilibré*”. *Le Grand Robert de la langue française* (2nd ed. 2001) defines “*déséquilibré*” as “[*q*]ui n’a pas ou n’a plus son équilibre mental, psychique”: p. 1344.

[21] The grammatical and ordinary sense of the words used in s. 233 supports the conclusion that the legislator did not intend to restrict the availability of infanticide to situations where the psychological health of the woman was substantially compromised or where a mental disorder was established.

[22] The statutory language also shows that there is no requirement for a causal connection between the disturbance of the accused’s mind and the act or

## B. *L’esprit déséquilibré*

[18] La question du sens de la proposition « son esprit est alors déséquilibré » en est une d’interprétation législative. Pour y répondre, nous appliquons l’approche « moderne » souvent reprise qui consiste à interpréter les mots dans leur [TRADUCTION] « contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, son objet et l’intention du législateur » : E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87. Je vais donc me pencher sur le sens ordinaire et grammatical des mots, sur leur place dans le *Code criminel*, sur l’historique législatif de la disposition et sur son évolution. Enfin, j’analyserai la jurisprudence qui a interprété cette proposition.

### (1) Sens ordinaire et grammatical

[19] L’adjectif « déséquilibré » signifie « [*q*]ui n’a pas ou n’a plus son équilibre mental, psychique » : *Le Grand Robert de la langue française* (2<sup>e</sup> éd. 2001), p. 1344.

[20] La version anglaise de la disposition législative prévoit qu’une femme commet un infanticide « *if at the time of the act or omission she is not fully recovered from the effects of giving birth to the child and by reason thereof or of the effect of lactation consequent on the birth of the child her mind is then disturbed* ». Selon *The Oxford English Dictionary* (2<sup>e</sup> éd. 1989), p. 872, « *disturbed* » signifie : « [*d*]isquieted; agitated; having the settled state, order, or position interfered with » et « *emotionally or mentally unstable or abnormal* ».

[21] Le sens ordinaire et grammatical des mots employés à l’art. 233 permet de conclure que le législateur n’entendait pas restreindre la possibilité de porter des accusations d’infanticide aux situations où la santé psychologique de la femme a été gravement compromise ou à celles dans lesquelles des troubles mentaux ont été établis.

[22] Le libellé de la disposition démontre également qu’il n’est pas nécessaire qu’il y ait un lien de causalité entre le déséquilibre de l’esprit de l’accusée

omission causing the child's death. There is, however, a required link between the disturbance and having not fully recovered from the effects of giving birth to the child or of the effect of lactation consequent on the child's birth; in either case the disturbance must be "by reason thereof".

### (2) Statutory Context

[23] The concept of a "disturbed" mind is unique to infanticide and does not appear elsewhere in the *Criminal Code*. Conceptually, a "disturbed" mind must be different from a "mental disorder", a term used in s. 16 of the *Criminal Code*, and, when proved on a balance of probabilities, can lead to a verdict of not criminally responsible. It must also be different from non-insane automatism, which makes the act committed by the accused involuntary: *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871, at p. 896.

[24] From this we may infer that the disturbance addressed in the infanticide provisions need not reach the level required to provide a defence under s. 16 of the *Criminal Code*, that is, to be the result of a mental disorder (which is defined as a "disease of the mind" under s. 2 of the *Criminal Code*) that renders the accused incapable of appreciating the nature and quality of the act or omission or of knowing that it was wrong. We can also infer that the disturbance aspect of infanticide need not render the accused's acts or omissions involuntary as is required for automatism.

### (3) Legislative History and Evolution

[25] Section 233 of the *Criminal Code* originated in the English *Infanticide Act, 1922* (U.K.), 12 & 13 Geo. 5, c. 18. In 1938, that legislation was replaced with the *Infanticide Act, 1938* (U.K.), 1 & 2 Geo. 6, c. 36, and, in 2010, was amended by the *Coroners and Justice Act 2009* (U.K.), c. 25, s. 57.

[26] The *Infanticide Act, 1922* introduced the requirement that "at the time of the act or omission

et l'acte ou l'omission entraînant la mort de l'enfant. Par contre, il doit y avoir un lien entre le déséquilibre et le fait que l'accusée ne soit pas complètement remise d'avoir donné naissance à l'enfant ou de la lactation consécutive à la naissance de l'enfant; dans les deux cas, le déséquilibre doit résulter « de ce fait ».

### (2) Contexte législatif

[23] La notion d'esprit « déséquilibré » est propre à l'infanticide et n'apparaît nulle part ailleurs dans le *Code criminel*. Sur le plan conceptuel, la notion d'esprit « déséquilibré » doit se distinguer de celle de « troubles mentaux » — dont il est question à l'art. 16 du *C. cr.* —, lesquels, lorsqu'ils sont établis selon la prépondérance des probabilités, peuvent entraîner un verdict de non-responsabilité criminelle. L'esprit déséquilibré doit également se distinguer de l'automatisme sans aliénation mentale qui fait de l'acte de l'accusé un geste involontaire : *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871, p. 896.

[24] Nous pouvons déduire de ce qui précède que le déséquilibre dont il est question dans les dispositions sur l'infanticide n'a pas à être grave au point de fournir le moyen de défense visé à l'art. 16 du *C. cr.*, c'est-à-dire résulter de troubles mentaux (définis comme étant « [t]oute maladie mentale » à l'art. 2 du *C. cr.*) qui rendent l'accusée incapable de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était répréhensible. Nous pouvons aussi en déduire que le volet de l'infanticide relatif au déséquilibre n'exige pas que les actes ou omissions de l'accusée soient involontaires, contrairement à ce que requiert l'automatisme.

### (3) Historique et évolution de la loi

[25] L'article 233 du *C. cr.* tire son origine de la loi anglaise *Infanticide Act, 1922* (R.-U.), 12 & 13 Geo. 5, c. 18. Cette loi a été remplacée par l'*Infanticide Act, 1938* (R.-U.), 1 & 2 Geo. 6, c. 36, qui, elle, a été modifiée en 2010 par la *Coroners and Justice Act 2009* (R.-U.), c. 25, art. 57.

[26] L'*Infanticide Act, 1922* a instauré la nécessité qu'[TRADUCTION] « au moment de l'acte ou

[the mother] had not fully recovered from the effect of giving birth to such child, and by reason thereof the balance of her mind was then disturbed”: s. 1(1). The *Infanticide Act, 1938* introduced amendments that remain in force today, in particular that the “balance of [the mother’s] mind” could be “disturbed by reason of her not having fully recovered from the effect of giving birth to the child or by reason of the effect of lactation consequent upon the birth of the child”: s. 1(1).

[27] The adoption of the *Infanticide Act, 1922* was intended to remedy the fact that judges and juries were reticent to convict a mother who killed her newborn of murder since she necessarily faced the death penalty: House of Lords, *Hansard*, series 5, vol. 50, May 25, 1922 (online) (the “*Child Murder (Trial) Bill*”), at pp. 758-59; see also D. Seaborne Davies, “Child-Killing in English Law” (1937), 1 *Mod. L. Rev.* 203, at pp. 211 and 217-19; and *L.B.*, at paras. 67-68. The conditions in which infanticide arose drew much public sympathy. It was thought to be a crime mostly committed by “illegitimate mothers” trying to hide their shame, a motive which the general opinion thought lessened the heinousness of the crime. Further, it was acknowledged that women who committed infanticide often faced difficult economic circumstances, which led to the commission of the crime: Davies, at pp. 221-22.

[28] The drafters of the *Infanticide Act, 1922* deliberately adopted broad language. In the House of Lords, the Lord Chancellor noted that the words expressing the requirement that the balance of the mother’s mind be disturbed were “not terms of art”. Rather, the use of these “new words” was intended to distinguish it from the language “appropriated by prescriptive usage to insanity proper and to mental derangement produced by drunkenness” and that it was better to provide a formula “which might be the subject of reasonable judicial decision” and which would give effect to the intention behind the proposed legislation: *Child Murder (Trial) Bill*, at pp. 761-62.

de l’omission [la mère] ne s’était pas complètement remise d’avoir donné naissance à cet enfant et que, de ce fait, son esprit était alors déséquilibré » : par. 1(1). *L’Infanticide Act, 1938* a introduit des modifications qui sont toujours en vigueur aujourd’hui, notamment la disposition aux termes de laquelle [TRADUCTION] « l’esprit de la [mère] » peut être « déséquilibré du fait qu’elle ne s’est pas complètement remise d’avoir donné naissance à l’enfant ou par suite de la lactation consécutive à la naissance de l’enfant » : par. 1(1).

[27] *L’Infanticide Act, 1922* a été adoptée pour remédier à la réticence des juges et des jurys à reconnaître coupable de meurtre une mère qui avait tué son nouveau-né, étant donné qu’elle risquait forcément la peine de mort : House of Lords, *Hansard*, series 5, vol. 50, 25 mai 1922 (en ligne) (le « *Child Murder (Trial) Bill* »), p. 758-759; voir aussi D. Seaborne Davies, « Child-Killing in English Law » (1937), 1 *Mod. L. Rev.* 203, p. 211 et 217-219; et *L.B.*, par. 67-68. Les conditions dans lesquelles survenait l’infraction d’infanticide suscitaient énormément de sympathie au sein du public. On estimait qu’il s’agissait d’un crime commis la plupart du temps par des [TRADUCTION] « mères illégitimes » tentant de dissimuler leur honte, un motif qui, de l’avis général, rendait le crime moins odieux. En outre, on reconnaissait que les auteures d’infanticides éprouvaient souvent des difficultés financières qui les avaient amenées à passer à l’acte : Davies, p. 221-222.

[28] Les rédacteurs de *l’Infanticide Act, 1922* l’ont délibérément formulée en termes généraux. À la Chambre des lords, le lord chancelier a fait remarquer que les mots exprimant la nécessité que l’esprit de la mère soit déséquilibré n’étaient [TRADUCTION] « pas des termes techniques ». Les notions désignées par ces « néologismes » étaient plutôt censées se distinguer de celles visées par les mots « réservés à l’expression consacrée “aliénation mentale” proprement dite et des troubles mentaux causés par l’ivresse ». Il a en outre précisé qu’il valait mieux établir une formule « qui pourrait se traduire par des décisions judiciaires raisonnables » et donnerait effet à l’intention qui sous-tend la loi proposée : *Child Murder (Trial) Bill*, p. 761-762.

[29] However, the language used did introduce some limitations. Lord Carson recommended that the legislation should not provide relief to just any woman who has gone through childbirth. Rather, it should apply in situations where there was evidence that “the crime when committed was the result of the balance of [the mother’s] mind having been disturbed”: *Child Murder (Trial) Bill*, at p. 765. The Lord Chancellor agreed that one had to establish “some exceptional derangement and disturbance”: p. 768.

[30] In Canada, infanticide first appeared in the *Criminal Code* in 1948: *Criminal Code*, R.S.C. 1927, c. 36, s. 262, as amended by *An Act to amend the Criminal Code*, S.C. 1948, c. 39, s. 7. In the English version of the law, Parliament adopted the same “balance of the mind” language as in the *Infanticide Act, 1922*. Amendments were made to the infanticide provisions in 1954: *Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51. Among other changes, Parliament replaced the “balance of the mind” language with the requirement that the mother’s mind must be “then disturbed” and added lactation, in addition to giving birth, as a potential cause of that disturbance: s. 204. While the “balance of the mind” language was retained in other provisions pertaining to infanticide, namely ss. 663(b) and 672.11(c) of the *Criminal Code*, there is no meaningful difference between this language and the requirement that the mother’s “mind is then disturbed” under s. 233 of the *Criminal Code*. In the French versions of the successive statutory provisions at issue, the following language was used: “*son esprit était alors déséquilibré*” (in the 1927 version of the infanticide provision and in s. 663(b)); “*son esprit est alors déséquilibré*” (in the 1954 version of the infanticide provision); and “*mentalement déséquilibrée*” (in s. 672.11(c)). There is no meaningful difference, either, in the language used in French to describe the mother’s required state of mind.

[31] The same concerns that led to the *Infanticide Act, 1922* in the U.K. were also motivating factors

[29] Les termes employés supposaient cependant l’application de certaines restrictions. Lord Carson a recommandé que la loi n’offre pas de voie de recours à n’importe quelle femme ayant donné naissance. La loi devait plutôt s’appliquer dans des situations où la preuve montrait que [TRA-DUCTION] « le crime, au moment de sa perpétration, était imputable au déséquilibre de l’esprit de [la mère] » : *Child Murder (Trial) Bill*, p. 765. Le lord chancelier a reconnu qu’il fallait établir « un trouble et un déséquilibre exceptionnels » : p. 768.

[30] Au Canada, l’infanticide est apparu pour la première fois dans le *Code criminel* en 1948 : *Code criminel*, S.R.C. 1927, c. 36, art. 262, modifié par la *Loi modifiant le Code criminel*, S.C. 1948, c. 39, art. 7. Dans la version anglaise de la loi, le législateur a repris le terme « *balance of the mind* » employé dans l’*Infanticide Act, 1922*. Les dispositions en matière d’infanticide ont été modifiées en 1954 : *Code criminel*, S.C. 1953-54, c. 51. Le législateur a notamment substitué au terme « *balance of the mind* », dans la version anglaise de la loi, la règle selon laquelle l’esprit de la mère doit être « *then disturbed* » et a ajouté la lactation, en plus du fait de donner naissance, comme cause éventuelle de cet état : art. 204. Bien que les mots anglais « *balance of the mind* » figurent encore dans d’autres dispositions de la version anglaise du *Code criminel* relatives à l’infanticide, à savoir les al. 663b) et 672.11c), il n’y a aucune différence marquante entre ces mots et l’exigence énoncée à l’art. 233 du *C. cr.* que l’esprit de la mère « [*be*] *then disturbed* ». Dans les versions françaises des dispositions successives pertinentes du *Code criminel*, les expressions équivalentes en cause se sont lues ou se lisent « son esprit était alors déséquilibré » (dans la disposition sur l’infanticide de la loi de 1927 de même qu’à l’al. 663b) du *C. cr.*), « son esprit est alors déséquilibré » (dans la disposition sur l’infanticide de la loi de 1954) et « mentalement déséquilibrée » (à l’al. 672.11c) du *C. cr.*). Là encore, j’estime que les expressions utilisées par le législateur ont toutes servi à désigner essentiellement l’état d’esprit requis de la mère.

[31] Les préoccupations à l’origine de l’*Infanticide Act, 1922* au R.-U. se sont aussi révélés des

in Canada. Namely, sympathetic juries repeatedly refused to convict mothers who killed their newborn children. The infanticide provision was intended to make it easier to get a conviction for the offence of homicide short of murder or manslaughter: *House of Commons Debates*, vol. V, 4th Sess., 20th Parl., June 14, 1948, at pp. 5184-87.

[32] It was also expressed in debates that, as the U.K. statute, the provision was intended to apply to cases “where there is not the degree of mental derangement amounting to insanity” and that “[i]t does not go as far as the rule in Macnaughton’s case [which sets out a legal test for insanity]”: *House of Commons Debates*, at p. 5185 (Hon. J. L. Ilsley, then Minister of Justice). It was also noted that the provision would capture “a slightly deranged, distressed mother” who would otherwise be guilty of murder: p. 5187.

[33] The debates in the U.K. and Canada surrounding the enactment of the infanticide provisions demonstrate that the purpose of the provision was to provide for a less serious offence than murder in cases of infanticide and to provide a broad and flexible standard that would be applied on a case-by-case basis.

#### (4) The Jurisprudence

[34] Infanticide, and, in particular, the meaning of having a “disturbed” mind at the time of committing the act or omission leading to the child’s death, has received limited treatment in English and Canadian jurisprudence. The Canadian jurisprudence establishes that there is a “very low” or “fairly low” threshold for a finding of mental disturbance and that it does not require evidence that the accused has a mental disorder: *Coombs*, at paras. 36-37; *R. v. Leung*, 2014 BCSC 558, at paras. 26 and 32 (CanLII); *R. v. L.B.* (2008), 237 C.C.C. (3d) 215 (Ont. S.C.J.), at para. 59, aff’d 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365 (although the trial judge there held that the standard should not be so minimal as to cheapen or disrespect the memory of the innocent victim). In *Leung*, the jury was also told to give the

facteurs mobilisateurs au Canada. En effet, des jurys sympathiques ont maintes fois refusé de déclarer coupables des mères qui avaient tué leurs enfants nouveau-nés. La disposition sur l’infanticide devait permettre d’obtenir plus facilement une condamnation lorsqu’il s’agissait d’homicide, mais non de meurtre ni d’homicide involontaire : *Débats de la Chambre des communes*, vol. V, 4<sup>e</sup> sess., 20<sup>e</sup> lég., 14 juin 1948, p. 5329-5332.

[32] Les procès-verbaux des débats indiquent aussi que, comme la loi du R.-U., la disposition devait s’appliquer « lorsque la confusion mentale ne va pas jusqu’à la folie » et que « [c]ela ne va pas aussi loin que le jugement rendu dans l’affaire MacNaughton [qui établit un critère juridique d’aliénation] » : *Débats de la Chambre des communes*, p. 5330 (l’honorable J. L. Ilsley, alors ministre de la Justice). On a ajouté que la disposition s’appliquerait à « une mère en détresse et quelque peu troublée » qui se rendrait autrement coupable de meurtre : p. 5332.

[33] Les débats au R.-U. et au Canada entourant l’adoption des dispositions sur l’infanticide démontrent que la disposition en cause avait pour objet de créer une infraction moins grave que le meurtre dans les cas d’infanticide et de fixer une norme générale et souple qui s’appliquerait au cas par cas.

#### (4) La jurisprudence

[34] L’infanticide et, en particulier, le sens du fait d’avoir l’esprit « déséquilibré » au moment de commettre l’acte ou l’omission menant à la mort de l’enfant, a été peu étudié dans la jurisprudence tant anglaise que canadienne. Cela dit, d’après cette dernière, le critère applicable pour conclure à l’existence d’un déséquilibre mental est [TRADUCTION] « très peu exigeant » ou « assez peu exigeant » et ne nécessite pas la preuve que l’accusée souffre de troubles mentaux : *Coombs*, par. 36-37; *R. c. Leung*, 2014 BCSC 558, par. 26 et 32 (CanLII); *R. c. L.B.* (2008), 237 C.C.C. (3d) 215 (C.S.J. Ont.), par. 59, conf. par 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365 (dans cette affaire, toutefois, le juge du procès a précisé que la norme ne doit pas être minimale au point de déconsidérer la mémoire de l’innocente victime ou de lui manquer

word “disturbed” under s. 233 its ordinary, common meaning: see A.F., at para. 80 (fn. 119).

C. *Conclusion on Meaning of “Mind Is Then Disturbed”*

[35] From this review, I cannot accept the conclusion of the dissenting judge in the Court of Appeal that Parliament intended to restrict the concept of a disturbed mind to those who have “a substantial psychological problem”: para. 140. Rather, I conclude that the phrase “mind is then disturbed” should be applied as follows:

- (a) The word “disturbed” is not a legal or medical term of art, but should be applied in its grammatical and ordinary sense.
- (b) In the context of whether a mind is disturbed, the term can mean “mentally agitated”, “mentally unstable” or “mental discomposure”.
- (c) The disturbance need not constitute a defined mental or psychological condition or a mental illness. It need not constitute a mental disorder under s. 16 of the *Criminal Code* or amount to a significant impairment of the accused’s reasoning faculties.
- (d) The disturbance must be present at the time of the act or omission causing the “newly-born” child’s death and the act or omission must occur at a time when the accused is not fully recovered from the effects of giving birth or of lactation.
- (e) There is no requirement to prove that the act or omission was caused by the disturbance. The disturbance is part of the *actus reus* of infanticide, not the *mens rea*.
- (f) The disturbance must be “by reason of” the fact that the accused was not fully recovered

de respect). Dans *Leung*, le jury avait aussi reçu la directive de donner au mot « déséquilibré » qui figure à l’art. 233 son sens ordinaire et commun : voir m.a., par. 80 (note de bas de page 119).

C. *Conclusion sur le sens de la proposition « son esprit est alors déséquilibré »*

[35] L’examen auquel je viens de procéder m’empêche de retenir la conclusion du juge dissident de la Cour d’appel selon laquelle le législateur voulait limiter l’application du concept d’esprit déséquilibré aux personnes atteintes d’[TRADUCTION] « un grave trouble psychologique » : par. 140. Je conclus plutôt que la proposition « son esprit est alors déséquilibré » doit être ainsi appliquée :

- a) Le mot « déséquilibré » n’est pas un terme juridique ou médical technique; il faut plutôt l’appliquer dans son sens ordinaire et grammatical.
- b) Lorsqu’il s’agit de déterminer si un esprit est déséquilibré, ce mot peut vouloir dire « mentalement agité », « mentalement instable » ou « frappé de confusion mentale ».
- c) Le déséquilibre n’a pas à constituer un trouble mental ou psychologique défini ou encore une maladie mentale. Il n’a pas à constituer un « trouble mental » au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’art. 16 du *C. cr.*, ni ne suppose un affaiblissement important des facultés de raisonnement de l’accusée.
- d) Le déséquilibre doit être présent au moment de l’acte ou de l’omission causant la mort de l’enfant nouveau-né et cet acte ou cette omission doit survenir à un moment où l’accusée n’est pas complètement remise d’avoir donné naissance ou de la lactation.
- e) Il n’est pas nécessaire de prouver que l’acte ou l’omission découle du déséquilibre, qui fait partie de l’*actus reus* de l’infanticide et non pas de sa *mens rea*.
- f) Le déséquilibre doit avoir résulté « du fait » que l’accusée n’était pas complètement

from the effects of giving birth or from the effect of lactation consequent on the birth of the child.

#### D. *Application*

##### (1) The Trial Judge's Reasons

[36] The trial judge reviewed the limited body of jurisprudence on infanticide and the definition of a “disturbed” mind, which, among other points, established that “disturbed” mind did not require an actual diagnosis of a mental disorder and sets a very low threshold.

[37] The trial judge rejected Dr. Hashman’s evidence, finding that the Crown expert erroneously referred to the “balance of the mind” test, required proof of a mental disorder and failed to refer in his final report to an important symptom described by the respondent which supported a theory of depersonalization and dissociation despite having referred to it in prior correspondence.

[38] Dr. Smith, on the other hand, referred in her report to the respondent’s descriptions of how she felt at the time of the deliveries and the similar information she gave to the police about her emotional state. For example, she noted that the respondent said she felt “detached and not thinking”, like she was “dreaming but not there” and described the deliveries as an “out of body experience”: A.R., vol. VI, at p. 93. This, Dr. Smith found, was “highly consistent with dissociation and depersonalization”: pp. 93-94. At trial, Dr. Smith also referred to these descriptions by the respondent and found them to be consistent with “significant depersonalization”.

[39] The trial judge, relying on Dr. Smith’s opinion and the case as a whole, concluded that the respondent’s mind was “disturbed” as a result of not yet having fully recovered from the effects of giving birth.

remise d’avoir donné naissance ou de la lactation consécutive à la naissance de l’enfant.

#### D. *Application*

##### (1) Les motifs du juge du procès

[36] Le juge du procès a examiné la jurisprudence peu abondante sur l’infanticide et la définition de l’esprit « déséquilibré », qui établit notamment que, pour être en présence d’un tel esprit, il n’est pas nécessaire qu’un diagnostic de trouble mental ait été posé et elle fixe un critère très peu exigeant.

[37] Le juge du procès a rejeté le témoignage du D<sup>r</sup> Hashman, estimant que l’expert du ministère public avait fait erreur dans son rapport final en mentionnant le test de l’accusée « mentalement déséquilibrée », en exigeant la preuve de troubles mentaux et en ne parlant pas d’un symptôme important décrit par l’intimée qui étayait la thèse de la dépersonnalisation et de la dissociation mentale, même s’il en avait fait mention dans sa correspondance antérieure.

[38] La D<sup>re</sup> Smith, en revanche, a mentionné dans son rapport les fois où l’intimée avait décrit comment elle s’était sentie lors des accouchements ainsi que les renseignements semblables qu’elle avait fournis aux policiers sur son état émotionnel. Par exemple, elle a fait remarquer que l’intimée avait dit se sentir [TRADUCTION] « coupée de la réalité et ne pas penser », comme si elle « rêvait tout en étant absente » et avait affirmé que les accouchements s’étaient passés « hors de son corps » : d.a., vol. VI, p. 93. Selon la D<sup>re</sup> Smith, ces propos « cadraient tout à fait avec une dissociation mentale et une dépersonnalisation » : p. 93-94. Au procès, elle a également parlé des descriptions données par l’intimée et a jugé que celles-ci s’accordaient avec « une dépersonnalisation avancée ».

[39] Se fondant sur l’avis de la D<sup>re</sup> Smith et sur le dossier considéré dans son ensemble, le juge du procès a conclu que l’esprit de l’intimée était « déséquilibré » du fait qu’elle n’était toujours pas complètement remise d’avoir donné naissance.

(2) The Trial Judge's Alleged Legal Errors(a) *Did the Trial Judge Fail to Apply Any Legal Test?*

[40] The Crown argues that the trial judge failed to apply any legal test in determining whether the respondent's mind was "disturbed" at the time of the deliveries. The Crown submits that the trial judge erroneously found that "balance of the mind" was something different from the "mind is disturbed" and failed to suggest what the test was or what level of disturbance would be sufficient.

[41] I disagree that the trial judge failed to apply a legal test or standard. As concluded by the majority of the Court of Appeal, there was no error in the trial judge's summary of the law of infanticide. The trial judge applied the correct standard, which is set out by the statutory language in s. 233 of the *Criminal Code*. Although the trial judge, erroneously, thought there was significant difference between the "balance of the mind" language found in related provisions and the wording of s. 233 that the mother's mind be "disturbed", this error did not affect his analysis of the evidence or his application of the appropriate legal standard to it. The trial judge rejected Dr. Hashman's evidence for several reasons, including that he failed to refer to a symptom the trial judge thought was important in his final report and seemed to require evidence of a mental disorder.

[42] The Crown seeks to impose a higher threshold than what is provided for by s. 233 of the *Criminal Code* in arguing that a mother has a "disturbed" mind only if her psychological health is "substantially compromised" because she recently gave birth. As noted earlier, this is not the legal standard intended by Parliament in s. 233 of the *Criminal Code*.

(2) Les erreurs de droit reprochées au juge du procèsa) *Le juge du procès a-t-il omis d'appliquer un test juridique?*

[40] Le ministère public soutient que le juge du procès n'a appliqué aucun test juridique pour décider si l'esprit de l'intimée était « déséquilibré » au moment des accouchements. Toujours selon le ministère public, le juge du procès a conclu à tort que l'expression de langue anglaise « *balance of the mind* » désignait autre chose qu'un « esprit déséquilibré » et n'a pas suggéré en quoi consistait le test ni quel degré de déséquilibre serait suffisant.

[41] Je ne suis pas d'accord pour dire que le juge du procès n'a pas appliqué de test ou de norme juridique. Comme l'ont conclu les juges majoritaires de la Cour d'appel, le résumé du droit de l'infanticide qu'a fait le juge du procès ne contenait aucune erreur. Ce dernier a appliqué la bonne norme, soit celle qui est établie par le libellé de l'art. 233 du *C. cr.* Bien que le juge du procès ait cru à tort qu'il existait une différence marquée entre l'expression anglaise « *balance of the mind* » figurant dans les dispositions connexes et le libellé de l'art. 233 selon lequel l'esprit de la mère doit être « déséquilibré », cette erreur n'a eu d'incidence ni sur son analyse de la preuve ni sur son application de la bonne norme juridique à cette preuve. Le juge du procès a rejeté le témoignage du D<sup>r</sup> Hashman pour plusieurs raisons, y compris son omission de mentionner dans son rapport final un symptôme que le juge du procès estimait important et l'impression que le D<sup>r</sup> Hashman exigeait la preuve de troubles mentaux.

[42] Le ministère public souhaite que soit imposé un critère plus exigeant que celui établi par l'art. 233 du *C. cr.* lorsqu'il prétend que la mère ne peut avoir l'esprit « déséquilibré » que si sa santé psychologique est [TRADUCTION] « gravement compromise » du fait qu'elle a récemment donné naissance. Comme je l'ai signalé précédemment, il ne s'agit pas de la norme juridique voulue par le législateur en ce qui a trait à l'art. 233 du *C. cr.*



(b) *Did the Trial Judge Infer the Respondent's Mental State Solely From Her Conduct?*

[43] The Crown submits that the trial judge used the respondent's conduct to determine the respondent's mental state. In other words, the Crown argues that the trial judge adopted circular reasoning in finding that the respondent's mind must have been disturbed because her actions were "bizarre" and "absolutely contrary to the nurturing that humankind depends on for its propagation": A.F., at para. 99.

[44] This argument must also be rejected. The trial judge's reasons make it clear that he did not find that the respondent's conduct met the requirements of the definition of infanticide simply because she had killed two of her children. The trial judge relied not only on the respondent's personal history and the circumstances of the offences (which includes the nature of the acts themselves), but also on Dr. Smith's expert opinion. In doing so, the trial judge had an evidentiary basis for concluding that the Crown failed to prove that the respondent's mind was not disturbed at the time of the offences and did not rely on the circular reasoning alleged by the Crown.

(c) *Did the Trial Judge Fail to Appreciate the Evidence of Mental State?*

[45] Finally, the Crown submits that the trial judge failed to consider the respondent's "detailed account of *each* birth, her goal-oriented behaviour, her personal circumstances beyond not having a criminal record or psychopathic tendencies, and her pattern of rational behaviour and wilful blindness" in considering whether the level of depersonalization met the requirement of infanticide: A.F., at para. 103 (emphasis in original). In short, the Crown argues that the respondent's behaviour demonstrated rational thought and an uncompromised mind.

[46] Even assuming that this point raises a question of law, I cannot accept it. The trial judge took

b) *Le juge du procès a-t-il déduit l'état d'esprit de l'intimée uniquement de sa conduite?*

[43] Le ministère public affirme que le juge du procès s'est servi de la conduite de l'intimée pour établir son état d'esprit. Autrement dit, il soutient que le juge du procès a adopté un raisonnement circulaire en concluant que l'esprit de l'intimée devait être déséquilibré parce que ses gestes étaient [TRADUCTION] « bizarres » et « allaient parfaitement à l'encontre des soins dont a besoin l'espèce humaine pour se reproduire » : m.a., par. 99.

[44] Cet argument doit lui aussi être rejeté. Manifestement, le juge du procès n'a pas conclu que le comportement de l'intimée répondait aux exigences de la définition de l'infanticide du simple fait qu'elle avait tué deux de ses enfants. Il s'est appuyé non seulement sur le vécu de l'intimée et sur les circonstances des infractions (ce qui comprend la nature des actes eux-mêmes), mais également sur l'avis d'expert de la D<sup>re</sup> Smith. Ce faisant, le juge du procès disposait d'éléments de preuve lui permettant de conclure que le ministère public n'avait pas démontré que l'esprit de l'intimée n'était pas déséquilibré au moment des infractions et il ne s'est pas fondé sur le raisonnement circulaire que lui impute le ministère public.

c) *Le juge du procès a-t-il omis d'apprécier la preuve de l'état d'esprit?*

[45] Enfin, le ministère public ajoute que le juge du procès n'a pas tenu compte du [TRADUCTION] « récit détaillé de *chaque* naissance donné par l'intimée, du fait qu'elle poursuivait un objectif, de sa situation personnelle outre le fait qu'elle n'avait ni antécédents judiciaires ni tendances psychopathes, ainsi que de ses habitudes de comportement rationnel et d'aveuglement volontaire » lorsqu'il s'est demandé si le niveau de dépersonnalisation satisfaisait à la norme d'infanticide : m.a., par. 103 (en italique dans l'original). Bref, le ministère public prétend que, par son comportement, l'intimée a fait preuve d'une pensée rationnelle et d'un esprit équilibré.

[46] À supposer même que cet argument soulève une question de droit, je ne pourrais le retenir. Le

into consideration Dr. Smith’s report, which relied on the respondent’s statements about her behaviour to Dr. Smith and to the police, the respondent’s personal history, as well as the circumstances of the offences.

[47] Dr. Smith was of the opinion that the “extreme panic associated with the delivery triggered significant dissociative symptoms, in particular depersonalization, which in turn impaired her ability to think clearly, to accurately perceive and judge her situation, to make reasonable decisions and to control her behaviour” and concluded that the respondent’s mind was disturbed as a result of not having fully recovered from the effects of giving birth: A.R., vol. VI, at p. 94.

[48] The trial judge also considered the case as a whole, including the facts of the offences and that the respondent had no criminal record or psychopathic or sociopathic tendencies. Based on his assessment of the evidence, the trial judge was entitled to conclude or have a reasonable doubt that the respondent’s mind was “disturbed” at the time of the offences despite any indication of rational behaviour and wilful blindness.

#### IV. Disposition

[49] I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of Alberta, Calgary.*

*Solicitors for the respondent: Serink Law Office, Calgary; Alias Amelia Sanders, Calgary.*

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

juge du procès a pris en considération le rapport de la D<sup>re</sup> Smith, lequel reposait sur les déclarations que l’intimée lui avait faites ainsi qu’à la police au sujet de son comportement, sur le vécu de l’intimée et sur les circonstances des infractions.

[47] La D<sup>re</sup> Smith estimait que la [TRADUCTION] « panique extrême associée à l’accouchement a fait apparaître des symptômes importants de dissociation, tout particulièrement la dépersonnalisation, ce qui a nui à [l]a capacité [de la prévenue] de penser clairement, d’être consciente de sa situation et d’en juger avec acuité, de prendre des décisions raisonnables et de maîtriser son comportement ». Elle a conclu que l’esprit de l’intimée était déséquilibré du fait que cette dernière n’était pas complètement remise d’avoir donné naissance : d.a., vol. VI, p. 94.

[48] Le juge du procès a aussi examiné le dossier dans son ensemble, y compris les faits constitutifs des infractions et le fait que l’intimée n’avait ni antécédents judiciaires ni tendances psychopathes ou sociopathes. Vu son appréciation de la preuve, le juge du procès pouvait conclure que l’esprit de l’intimée était « déséquilibré » au moment des infractions malgré les indices de comportement rationnel et d’aveuglement volontaire; il pouvait aussi avoir un doute raisonnable à cet égard.

#### IV. Dispositif

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

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l’appelante : Procureur général de l’Alberta, Calgary.*

*Procureurs de l’intimée : Serink Law Office, Calgary; Alias Amelia Sanders, Calgary.*

*Procureur de l’intervenant le procureur général de l’Ontario : Procureur général de l’Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund Inc.: Goldblatt Partners, Toronto; Women's Legal Education and Action Fund Inc., Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Dawe & Dineen, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes inc. : Goldblatt Partners, Toronto; Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes inc., Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Dawe & Dineen, Toronto.*