

**Michael Bradley Waite** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. WAITE

File No.: 19988.

1987: November 10; 1989: June 8.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Criminal negligence — Mens rea — Impaired driver playing chicken with hayride — Persons killed and injured — Whether subjective test as to accused's state of mind, in addition to objective test as to state of accused's driving, to be considered in determining mens rea — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 202(1), 203.*

Appellant, who had been drinking, struck and killed four young people taking part in a hayride, and injured a fifth. The hayride involved three tractors each towing a wagon with bales of hay along a public road. Four or five of the young people had been running alongside the wagons or had been running from one wagon to another when appellant came upon the hayride. Appellant drove behind the hayride, passed it, turned around and deliberately approached the hayride at high speed on the wrong side of the road.

At trial before judge and jury, the appellant was found not guilty of four counts of causing death by criminal negligence and one count of causing bodily harm by criminal negligence, but guilty of five counts of the included offence of dangerous driving. The charge to the jury did not specifically mention the objective test for criminal negligence but did convey that the *mens rea* required for proof of the commission of the offence could be found in the accused's conduct. In clarifying the test for *mens rea*, the trial judge directed the jury to look at the objective driving and also to the accused's state of mind as to whether he had deliberately assumed the risk. The Crown appealed the acquittals on the

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

**Michael Bradley Waite** *Appellant*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. WAITE

N° du greffe: 19988.

1987: 10 novembre; 1989: 8 juin.

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

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

*Droit criminel — Négligence criminelle — Mens rea — Conducteur en état d'ébriété jouant au «froussard» avec un défilé de chariots à foin — Personnes tuées et blessées — Le critère subjectif quant à l'état d'esprit de l'accusé doit-il être pris en considération, en plus du critère objectif quant à la conduite de l'accusé, pour déterminer la mens rea? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 202(1), 203.*

L'appellant, qui avait bu, a heurté avec son automobile et tué quatre jeunes personnes qui participaient à un défilé de chariots à foin et en a blessé une cinquième. Le défilé comprenait trois tracteurs qui remorquaient des chariots à foin sur un chemin public. Quatre ou cinq jeunes personnes couraient le long des chariots ou d'un chariot à l'autre quand l'appellant est arrivé près du défilé. L'appellant roulait derrière le défilé; il l'a dépassé, a fait demi-tour et s'est délibérément approché à grande vitesse du défilé, du même côté de la route.

Au procès devant juge et jury, l'appellant a été déclaré non coupable sur quatre chefs d'accusation d'avoir causé la mort par négligence criminelle et sur un chef d'accusation d'avoir causé des lésions corporelles, mais coupable sur les cinq chefs de l'infraction comprise de conduite dangereuse. L'exposé au jury ne mentionnait pas spécifiquement le critère objectif de la négligence criminelle mais indiquait que la *mens rea* exigée pour la preuve de la perpétration de l'infraction pouvait être dégagée de la conduite de l'accusé. En donnant des explications supplémentaires sur le critère de la *mens rea*, le juge du procès a donné au jury la directive de regarder la conduite objective du véhicule ainsi que l'état d'esprit de l'accusé quant à savoir s'il avait délibérément accepté le risque. Le ministère public a fait appel des acquittements relatifs aux accusations de

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

charges of criminal negligence. The Ontario Court of Appeal allowed the appeal and ordered a new trial.

At issue here is whether the requisite *mens rea* for criminal negligence is to be determined only by an objective test based on the activity giving rise to the charge or whether a subjective test as to the voluntary assumption of risk on the part of the accused is also required.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* Dickson C.J. and Wilson and La Forest JJ.: Criminal negligence requires both the conduct addressed by the objective test and a subjective mental element which is the minimal intent of awareness of the prohibited risk or wilful blindness to the risk. The jury properly instructed as to the minimal intent requirements of awareness or wilful blindness to the prohibited risk would not necessarily have returned a verdict of acquittal.

*Per* McIntyre and L'Heureux-Dubé JJ.: The *mens rea* which the Crown must prove in criminal negligence cases, as in other offences, is to be found in the conduct of the accused. Criminal negligence is shown where the Crown proves conduct on the part of the accused which shows a marked and substantial departure from the standard of behaviour expected of a reasonably prudent person in the circumstances. The objective test is to be applied whether the acts are ones of commission or omission; criminal negligence does not involve a subjective element requiring the deliberate assumption of risk by the accused.

*Per* Lamer J.: The appeal should be dismissed for the reasons set out by McIntyre J. subject to the observations made in *R. v. Tutton*.

#### Cases Cited

By Wilson J.

*R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277.

By McIntyre J.

*R. v. Tutton and Tutton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 328.

By Lamer J.

*R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 202(1), 203, 618(2)(a).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1986), 28 C.C.C. (3d) 327, 15 O.A.C.

négligence criminelle. La Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel et ordonné un nouveau procès.

La question dans ce pourvoi est de savoir si la *mens rea* requise pour la négligence criminelle doit être déterminée selon uniquement un critère objectif fondé sur l'activité qui a donné lieu à l'accusation ou s'il faut également utiliser un critère subjectif quant à l'acceptation du risque par l'accusé.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

*Le juge en chef* Dickson et les juges Wilson et La Forest: La négligence criminelle exige à la fois l'examen de la conduite en cause selon un critère objectif et un élément moral subjectif qui réside dans le minimum de conscience du risque prohibé ou d'aveuglement volontaire face à ce risque. Si le jury avait reçu des directives appropriées sur le minimum de conscience du risque prohibé ou sur l'aveuglement volontaire, il n'aurait pas nécessairement rendu un verdict d'acquiescement.

*Les juges* McIntyre et L'Heureux-Dubé: La *mens rea* dont le ministère public doit apporter la preuve dans les cas de négligence criminelle, comme dans le cas d'autres infractions, doit être dégagée de la conduite de l'accusé. La négligence criminelle est démontrée lorsque la poursuite prouve que l'accusé a eu un comportement qui indique une dérogation marquée et importante à la norme de comportement qu'on attend d'une personne raisonnablement prudente dans les circonstances. Il faut appliquer le critère objectif dans les cas visant des actions ou des omissions; la négligence criminelle ne comporte pas d'élément subjectif exigeant l'acceptation délibérée du risque par l'accusé.

*Le juge* Lamer: Le pourvoi devrait être rejeté pour les motifs prononcés par le juge McIntyre, sous réserve des observations faites dans *R. c. Tutton*.

#### Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

*R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277.

*Citée par le juge* McIntyre

*R. v. Tutton and Tutton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 328.

Citée par le juge Lamer

*R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392.

#### Lois et règlements cités

*Code Criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 202(1), 203, 618(2)a.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1986), 28 C.C.C. (3d) 327, 15

215, allowing an appeal from acquittal by Evans C.J.H.C. sitting with jury. Appeal dismissed.

*Brian H. Greenspan*, for the appellant.

*W. J. Blacklock* and *Kenneth L. Campbell*, for the respondent.

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

WILSON J. — Although I find myself in respectful disagreement for the reasons I gave in *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392, with my colleague Justice McIntyre in so far as he adopts an objective test for criminal negligence, I agree with him that this appeal should be dismissed and the Court of Appeal's order for a new trial affirmed.

In my view the trial judge's final instruction to the jury was in error as to the degree of *mens rea* required under s. 202 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. When the jury asked the trial judge to explain the moral difference between dangerous driving and causing death by criminal negligence, the trial judge instructed the jury that the subjective element in criminal negligence was "a deliberate and wilful assumption of the risk involved in driving in the manner in which he was driving". Later in his reply to the jury he repeated that the subjective element in criminal negligence was "assumption and deliberate assumption of the risk". Although I believe there is a subjective element to criminal negligence, the judge in this case placed much too high an onus on the Crown to prove elements of deliberation and wilfulness. For the reasons I gave in *R. v. Tutton* I am of the view that the mental element in criminal negligence is the minimal intent of awareness of the prohibited risk or wilful blindness to the risk.

The trial judge's erroneous instructions to the jury were given near the close of the trial and they were crucial because they were in response to a question from the jury. The facts of the case also suggest that, had the jury been instructed as to the minimal intent requirements of awareness or wilful

O.A.C. 215, qui a accueilli l'appel d'un acquittement prononcé par le juge en chef Evans de la Haute Cour, siégeant avec jury. Pourvoi rejeté.

*Brian H. Greenspan*, pour l'appellant.

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

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

LE JUGE WILSON—Bien qu'avec égards, et pour les motifs que j'ai donnés dans l'arrêt *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392, je sois en désaccord avec le juge McIntyre, qui adopte un critère objectif pour la détermination de la négligence criminelle, j'estime comme lui que le présent pourvoi doit être rejeté et que l'ordre de nouveau procès de la Cour d'appel doit être confirmé.

À mon avis, le juge du procès a commis une erreur dans la dernière directive qu'il a donnée au jury au sujet du degré de *mens rea* requis aux termes de l'art. 202 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34. Lorsque le jury lui a demandé d'expliquer la différence morale entre la conduite dangereuse et le fait de causer la mort par négligence criminelle, il a répondu que l'élément subjectif de la négligence criminelle était [TRADUCTION] «une acceptation délibérée et volontaire du risque que comporte sa manière de conduire». Il a conclu sa directive en répétant que l'élément subjectif de la négligence criminelle était [TRADUCTION] «l'acceptation délibérée du risque». Je suis d'avis que la négligence criminelle comporte un élément subjectif, mais j'estime que le juge du procès a imposé un fardeau beaucoup trop lourd à la poursuite en l'obligeant à prouver l'acceptation délibérée et volontaire du risque. Pour les motifs que j'ai donnés dans l'arrêt *R. c. Tutton*, je suis d'avis que l'élément moral de la négligence criminelle réside dans le minimum de conscience du risque prohibé ou d'aveuglement volontaire face au risque.

Le juge du procès a donné au jury ces directives erronées juste avant la fin du procès et celles-ci étaient cruciales car elles avaient été formulées en réponse à une question du jury. Les faits de l'affaire permettent également de croire que si le juge avait donné au jury des directives sur le

blindness to the prohibited risk, they would not necessarily have returned the verdict of acquittal on the charges of causing death by criminal negligence: see *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277.

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

MCINTYRE J.—This appeal comes before this Court as of right pursuant to s. 618(2)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, At trial before judge and jury the appellant was found not guilty of four counts of causing death by criminal negligence and one count of causing bodily harm by criminal negligence, but guilty of five counts of the included offence of dangerous driving. The Crown appealed the acquittals on the charges of criminal negligence. The Ontario Court of Appeal allowed the appeal and ordered a new trial. It is from this Order that the present appeal is taken.

The events giving rise to this appeal occurred on September 8, 1984. Between approximately 3:15 p.m. and 6:00 p.m. on that day the appellant consumed about five bottles or tins of beer at a fall fair in the arena at Drayton, Ontario. At about 7:00 p.m. he consumed two more bottles of beer. At about 8:20 p.m. on the same day the Bethel Mennonite Church hayride commenced. The hayride was made up of three tractors each of which towed one wagon containing bales of hay. The wagons proceeded along the public road, one after the other, and some forty or fifty people, mostly young, rode in the wagons. The accused accompanied by two friends followed the wagons in his car. He had a bottle or tin of beer in his hand while driving. Evidence was given by certain witnesses that some of the hayride participants, four or five in number, were walking or running along the road beside the wagons and moving from the second wagon to the first wagon. The appellant drove past the wagons and he and his passengers testified that in passing the vehicles they did not observe anyone on the roadway. Having passed the hayride, the appellant proceeded some distance

minimum de conscience du risque prohibé ou sur l'aveuglement volontaire face au risque, celui-ci n'aurait pas nécessairement rendu un verdict d'acquiescement relativement aux accusations d'avoir causé la mort par négligence criminelle: voir l'arrêt *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277.

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

LE JUGE MCINTYRE—Il s'agit d'un pourvoi de plein droit en application de l'al. 618(2)a) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34. Au procès devant juge et jury, l'appelant a été déclaré non coupable sur quatre chefs d'accusation d'avoir causé la mort par négligence criminelle et sur un chef d'accusation d'avoir causé des lésions corporelles par négligence criminelle, mais il a été déclaré coupable sur les cinq chefs de l'infraction comprise de conduite dangereuse. Le ministère public a fait appel des acquittements relatifs aux accusations de négligence criminelle. La Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel et ordonné un nouveau procès. C'est contre cet ordre que le présent pourvoi est interjeté.

Les événements à l'origine de ce pourvoi se sont produits le 8 septembre 1984. Entre 15 h 15 et 18 h environ ce jour-là, l'appelant avait consommé à peu près cinq bouteilles ou cannettes de bière à une foire automnale qui avait lieu au stade de Drayton (Ontario). Vers 19 h, il a consommé deux autres bouteilles de bière. C'est vers 20 h 20 le même jour qu'a commencé la promenade en chariots à foin organisée par la Bethel Mennonite Church. Le défilé était composé de trois tracteurs qui remorquaient chacun un chariot contenant des bottes de foin. Les chariots, dans lesquels quelque quarante ou cinquante personnes, la plupart des jeunes, avaient pris place, avançaient le long de la route, l'un derrière l'autre. L'accusé, accompagné de deux amis, suivait les chariots dans son automobile. Il conduisait, une bouteille ou une cannette de bière à la main. Selon certains témoins, quatre ou cinq participants au défilé marchaient ou couraient sur la route à côté des chariots, allant du deuxième chariot vers le premier. L'appelant a dépassé les chariots et lui et ses passagers ont témoigné qu'en dépassant les véhicules, ils n'avaient vu personne sur la route. Après avoir

down the highway and there turned his car around and drove back along the road towards the now oncoming hayride. The appellant gave evidence that at this time he said to his companions: "Let's see how close we can get." One of the passengers testified that the accused had said: "Let's play chicken." The accused drove toward the hayride on the left side of the road. He was thus heading directly for the hayride vehicles and travelling on their side of the road. The posted speed on the road was 50 m.p.h. The accused testified that he was travelling at approximately 70 m.p.h. Other estimates of the speed, drawn from the evidence given at trial, vary from 50 to 90 m.p.h. The appellant at this time was driving without his headlights. He was using only fog lights though the state of light was such that headlights would ordinarily have been required. He continued in the left lane approaching the hayride until he was, according to the evidence, some 150 feet from the leading tractor, at which time he swerved into the right lane to pass the hayride. As he passed the wagons he struck five members of the hayride party who were on the roadway running along beside the wagons. Four were struck by the car and killed; one was injured, suffering a fractured leg. After the impact the appellant brought his vehicle to a halt and removed a cooler of beer from the trunk and threw it into the adjacent field.

Evidence was given at trial of blood alcohol readings taken after the accident. They showed that the appellant's blood alcohol level was something in excess of 80 milligrams of alcohol per 100 millilitres of blood, and expert evidence was to the effect that the appellant's blood alcohol would have been approximately 110 to 112 milligrams of alcohol per 100 millilitres of blood at the time of the accident. The appellant and his passengers testified that they had not expected to find any of the hayride party on the road, and the appellant testified to the effect that he was not aware of the presence of anyone on the road until the accident occurred.

The offence of causing death by criminal negligence with which the appellant was charged is created by s. 203 of the *Criminal Code*, which is in these terms:

dépassé le défilé, l'appelant a continué sur une certaine distance puis a fait demi-tour et est revenu vers le défilé. L'appelant a témoigné avoir dit alors à ses compagnons: [TRADUCTION] «On va voir jusqu'où on peut approcher». Un des passagers a témoigné que l'accusé avait dit [TRADUCTION] «On va voir qui est le plus peureux». L'accusé s'est dirigé vers le défilé du côté gauche de la route. Il roulait donc en direction des véhicules du défilé, du même côté de la route. La limite de vitesse affichée sur la route était de 50 mi/h. L'accusé a témoigné qu'il roulait à environ 70 mi/h. D'autres appréciations de la vitesse, selon des témoignages au procès, varient de 50 à 90 mi/h. Les phares de la voiture de l'appelant étaient alors éteints. Ses antibrouillards étaient allumés quoique, vu le niveau de lumière, les phares auraient dû normalement être allumés. Il a continué dans la voie de gauche, approchant du défilé jusqu'à 150 pieds environ du premier tracteur, suivant la preuve, puis il est brusquement revenu dans la voie de droite pour croiser le défilé. En croisant les chariots, il a heurté cinq des participants au défilé qui se trouvaient sur la route et couraient le long des chariots. Quatre ont été tués; le cinquième a été blessé d'une fracture à la jambe. Après l'impact, l'appelant a stoppé son véhicule, a retiré du coffre une glacière contenant de la bière et l'a lancée dans le champ voisin.

On a présenté en preuve au procès des résultats d'alcootest obtenus après l'accident. Ils montraient que l'alcoolémie de l'appelant excédait 80 milligrammes d'alcool pour 100 millilitres de sang et, suivant la preuve d'expert, l'alcoolémie de l'appelant devait être d'environ 110 à 112 milligrammes d'alcool pour 100 millilitres de sang au moment de l'accident. L'appelant et ses passagers ont témoigné qu'ils ne s'attendaient pas à trouver des participants au défilé sur la route, et l'appelant a témoigné qu'il n'avait pas remarqué la présence de qui que ce soit sur la route jusqu'au moment de l'accident.

L'infraction de causer la mort par négligence criminelle, dont l'appelant a été accusé, est créée par l'art. 203 du *Code criminel* dont voici le texte:

203. Every one who by criminal negligence causes death to another person is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

Criminal negligence is defined in s. 202(1) of the *Code* in these terms:

202. (1) Every one is criminally negligent who

- (a) in doing anything, or
- (b) in omitting to do anything that it is his duty to do,

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

The key words in any consideration of this section are: "shows wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons". The *Code* has defined the concept of criminal negligence and the issue raised in this appeal is how the *Code* definition should be applied. More particularly, how should a jury be instructed when it must consider a case involving a charge of criminal negligence?

The crime of criminal negligence is a crime which, like other criminal offences, requires proof by the Crown of a *mens rea*. In instructing the jury on this question, the trial judge set out the following test. He said:

On all the evidence, after considering all the circumstances, are you satisfied that the accused's conduct was such as to amount to a wanton or reckless disregard for the safety of other persons?

The driver of a motor vehicle on a public highway is under a duty to take care in its operation so as to avoid injury to persons or property of others, and if he fails in that duty and his acts or omissions are of such a character as to show this wanton or reckless disregard for the lives and safety of others then, according to the law, that conduct amounts to criminal negligence.

The lack of intention to cause harm is not an answer to a charge of criminal negligence. What you are concerned with is the conduct of the accused at the time of the accident or immediately prior thereto, and if that conduct, when you view it objectively, shows a wanton and reckless disregard for the lives and safety of others, then that is criminal negligence as defined in the Criminal Code.

203. Est coupable d'un acte criminel et passible de l'emprisonnement à perpétuité, quiconque, par négligence criminelle, cause la mort d'une autre personne.

La négligence criminelle est définie comme suit au par. 202(1) du *Code*:

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

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

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

Les mots-clés dans tout examen de ce paragraphe sont: «montre une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui». Le *Code* définit la notion de négligence criminelle et le point litigieux dans ce pourvoi est de savoir comment appliquer la définition du *Code*. Plus précisément, quelle directive faut-il donner à un jury qui doit examiner un cas d'accusation de négligence criminelle?

La négligence criminelle, comme d'autres infractions criminelles, exige que le ministère public fasse la preuve de la *mens rea*. Dans ses directives au jury sur cette question, le juge du procès a formulé le critère suivant:

[TRADUCTION] Vous fondant sur toute la preuve, après examen de toutes les circonstances, êtes-vous convaincus que le comportement de l'accusé était tel qu'il équivalait à une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la sécurité d'autrui?

Celui qui conduit un véhicule automobile sur une voie publique a l'obligation de prendre soin de le diriger de manière à éviter de causer des blessures à des personnes ou des dommages aux biens d'autrui, et s'il ne respecte pas cette obligation et si ses actes ou ses omissions sont tels qu'ils révèlent cette insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui, alors, en droit, cette conduite équivaut à de la négligence criminelle.

L'absence d'intention de causer un préjudice n'est pas une défense à une accusation de négligence criminelle. Ce qui vous intéresse, c'est la conduite de l'accusé au moment de l'accident ou immédiatement avant, et si cette conduite, quand vous la considérez objectivement, révèle une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui, alors, c'est là de la négligence criminelle suivant la définition du *Code* criminel.

And he added later:

If the evidence satisfies you beyond a reasonable doubt that the driving behaviour of the accused was a flagrant departure from normal driving standards, in the absence of some explanation, some rational explanation, <sup>a</sup> then the driving conduct is properly characterized as criminal negligence. Dangerous driving, to give you a distinction between them, is conduct of a lesser nature and it lacks that high degree of moral fault required for criminal negligence. <sup>b</sup>

In this, it is my opinion that the trial judge correctly dealt with the question. He was telling the jury that the *mens rea* required for proof of the commission of the offence could be found in the conduct of the accused. He did not mention specifically the test which has become accepted in this and most appellate courts in Canada, to the effect that criminal negligence is shown where the Crown proves conduct on the part of the accused which shows a marked and substantial departure from the standard of behaviour expected of a reasonably prudent person in the circumstances, but in my view he conveyed in the quoted words an adequate instruction. <sup>c</sup> <sup>d</sup> <sup>e</sup>

After about two hours of deliberation the jury returned for further instructions and put the following question to the trial judge: <sup>f</sup>

What is the moral difference between dangerous driving and criminal negligence. We want a clearer definition.

The trial judge heard submissions from counsel on the question of the test for determining the *mens rea* of criminal negligence and then gave the jury a further direction in these terms: <sup>g</sup>

The position is that in dangerous driving the intention or the state of mind, if you wish, of the driver is not important. You look objectively at the manner of driving. You just look at the manner of driving. <sup>h</sup>

Now, when you go over to criminal negligence, you have to look at two things; the objective driving, as you do for dangerous driving, and you also have to look at the subjective element, that is the attitude, or what is in the mind of the accused. That is whether there is a deliberate and wilful assumption of the risk involved in driving in the manner in which he was driving. So that you have in one, the dangerous driving, there is simply <sup>i</sup> <sup>j</sup>

Et il a ajouté plus tard:

[TRADUCTION] Si la preuve vous convainc hors de tout doute raisonnable que le comportement de l'accusé au volant s'écartait de manière flagrante des normes habituelles de la conduite automobile, sans quelque explication, sans quelque explication rationnelle, alors la façon de conduire est correctement qualifiée de négligence criminelle. La conduite dangereuse, pour vous donner une distinction entre les deux, se situe à un niveau moins élevé, et elle n'a pas ce haut degré de faute morale requis pour la négligence criminelle.

Jusqu'ici, je suis d'avis que le juge du procès a correctement traité de la question. Il disait au jury que la *mens rea* requise pour prouver la perpétration de l'infraction pouvait se trouver dans le comportement de l'accusé. Il n'a pas mentionné spécifiquement le critère maintenant accepté en cette Cour et dans la plupart des cours d'appel au Canada que la négligence criminelle est démontrée lorsque la poursuite prouve que l'accusé a eu un comportement qui indique une dérogation marquée et importante à la norme de comportement qu'on attend d'une personne raisonnablement prudente dans les circonstances mais, à mon avis, il a transmis dans les passages cités une directive adéquate.

Après environ deux heures de délibération, le jury a demandé de nouvelles directives et posé la question suivante au juge du procès:

[TRADUCTION] Quelle est la différence morale entre la conduite dangereuse et la négligence criminelle? Nous voulons une définition plus claire.

Le juge du procès a entendu les avocats sur la question du critère qui sert à déterminer la *mens rea* de la négligence criminelle, puis il a donné au jury la directive suivante:

[TRADUCTION] Dans la conduite dangereuse, l'intention du conducteur, ou son état d'esprit si vous voulez, est sans importance. Vous regardez objectivement la façon de conduire. Vous regardez seulement la façon de conduire.

Lorsque vous passez à la négligence criminelle, vous devez regarder deux choses, la conduite objective du véhicule, comme vous le faites pour la conduite dangereuse, et vous devez également regarder l'élément subjectif, c'est-à-dire l'attitude, ou ce que l'accusé a à l'esprit, c'est-à-dire s'il y a une acceptation délibérée et volontaire du risque que comporte sa manière de conduire. Ainsi, dans un cas, la conduite dangereuse, il y

an objective standard, as compared to what the prudent driver would do. In the criminal negligence you have that, plus the subjective element of assumption and deliberate assumption of the risk.

The jury then returned a verdict of not guilty on all the criminal negligence charges but guilty of dangerous driving on all charges.

In the Court of Appeal (Martin, Thorsen and Cory J.J.A.) the Crown's appeal was allowed and a new trial was ordered. The judgment of the Court was written by Cory J.A. (as he then was) and is now reported at (1986), 28 C.C.C. (3d) 327. Cory J.A. considered that the requisite *mens rea* for criminal negligence may be objectively determined from the action or conduct of an accused. He considered that the trial judge in responding to the question from the jury was in error in telling the jury that criminal negligence involves a subjective element and requires the deliberate assumption of risk by an accused. He was also of the view that the trial judge's final instructions placed too high an onus on the Crown, in requiring the application by the jury of a subjective test for the determination of the required *mens rea*. He said, at p. 344:

This placed too high an onus on the Crown. As indicated by Morden J.A. in *R. v. Sharp, supra*, it would have been sufficient had the trial judge simply read s. 202 of the *Code* to the jury together with the instruction that the driving had to amount to a marked and substantial departure from the standard of a reasonable driver.

The appellant argued in this Court that the Court of Appeal erred in adopting an objective test in determining the *mens rea* of criminal negligence. It was argued that such a test was not in accord with the authorities, and that a subjective test inquiring into the mind and mental state of the accused was required. It was also argued that the Court of Appeal had erred in arriving at the conclusion that the Crown had satisfied the onus that the verdict would not necessarily have been the same in the absence of the error found in the charge to the jury. In my view, neither of these arguments can succeed.

The judgment of the Court of Appeal was based upon a detailed and careful review of the history of

a simplement une norme objective, on compare avec ce que ferait un conducteur prudent. Pour la négligence criminelle, il y a cela et en plus l'élément subjectif de l'acceptation, de l'acceptation délibérée, du risque.

Le jury a alors rendu un verdict de non-culpabilité relativement à toutes les accusations de négligence criminelle et un verdict de culpabilité de conduite dangereuse relativement à toutes les accusations.

La Cour d'appel (les juges Martin, Thorsen et Cory) a accueilli l'appel du ministère public et a ordonné un nouveau procès. L'arrêt de la cour a été rédigé par le juge Cory (maintenant juge de cette Cour) et publié à (1986), 28 C.C.C. (3d) 327. Le juge Cory estimait que la *mens rea* requise pour la négligence criminelle pouvait être objectivement dégagée des actes ou de la conduite d'un accusé. Il a indiqué que, dans sa réponse à la question du jury, le juge du procès avait commis une erreur en disant que la négligence criminelle comportait un élément subjectif et exigeait l'acceptation délibérée du risque par l'accusé. Il pensait également que la dernière directive du juge du procès imposait un fardeau trop lourd à la poursuite, en exigeant que le jury applique un critère subjectif pour la détermination de la *mens rea* requise. Il dit à la p. 344:

[TRADUCTION] Cela imposait un fardeau trop lourd au ministère public. Comme l'a indiqué le juge Morden de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Sharp*, précité, il aurait suffi que le juge du procès lise au jury l'art. 202 du *Code* et qu'il ajoute comme directive que la conduite du véhicule devait équivaloir à une dérogation marquée et importante à la norme que constitue le conducteur raisonnable.

En cette Cour, l'appelant allègue que la Cour d'appel a commis une erreur en adoptant un critère objectif pour déterminer la *mens rea* de la négligence criminelle. Il allègue qu'un tel critère n'est pas conforme à la jurisprudence et qu'il faut plutôt appliquer un critère subjectif qui sonde la pensée et l'état d'esprit de l'accusé. Il allègue également que la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que le ministère public s'était acquitté du fardeau d'établir que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si l'exposé au jury n'avait pas comporté cette erreur. À mon avis, aucun de ces arguments ne saurait réussir.

L'arrêt de la Cour d'appel est fondé sur un examen soigneux et détaillé de l'historique de la



the concept of criminal negligence as an element in the criminal law and a full discussion of the differing views on the question. I do not feel that any useful purpose would be served by covering again the ground already covered in the Court of Appeal. It is my view that the subject has been fully and adequately dealt with in the reported reasons and, with one exception, I would adopt the reasons of the court which in my view otherwise correctly state the law.

In limiting the application of the objective test to cases involving acts of commission and in holding that an objective test will not suffice for cases involving acts of omission, it is my view that Cory J.A. was in error. It would appear that in so doing he was following the judgment of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Tutton and Tutton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 328, where Dubin J.A. drew a distinction between acts of commission and omission, and held, at p. 345, that a subjective test should be used in cases which were based on acts of omission. I would, however, reject that view for reasons which are expressed in the *R. v. Tutton* case in this Court, [1989] 1 S.C.R. 1392, and hold that an objective test must be applied in cases based on an allegation of criminal negligence, whether by acts of commission or omission. In all other respects I would, as I have said, adopt as my own the reasons for judgment of Cory J.A., dismiss the appeal, and confirm the order for a new trial.

The following are the reasons delivered by

LAMER J.—I have read the reasons of my brother McIntyre J. and I agree with him, for the reasons he sets out, that the appeal should be dismissed, and that the order for a new trial be confirmed. I should however make in this case the same observations I have made in the case of *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Greenspan, Arnup, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.*

notion de négligence criminelle au matière de droit criminel, et sur une analyse complète des opinions divergentes sur la question. Je ne vois aucune utilité à refaire l'examen qu'a déjà fait la Cour d'appel. À mon avis, le sujet a été traité de manière complète et adéquate dans les motifs publiés et, à une exception près, j'adopte les motifs de la cour qui par ailleurs exposent correctement l'état du droit.

En limitant l'application du critère objectif aux cas visant des actions et en concluant qu'un critère objectif sera insuffisant pour les cas visant des omissions, le juge Cory a fait erreur, à mon avis. Il semble qu'il suivait en cela l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Tutton and Tutton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 328, dans lequel le juge Dubin établit une distinction entre les actions et les omissions, et conclut, à la p. 345, qu'il faudrait utiliser un critère subjectif dans les affaires fondées sur les omissions. Je rejette cependant cette opinion pour les motifs formulés dans l'arrêt *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392, et je conclus qu'il faut appliquer un critère objectif dans les affaires fondées sur une allégation de négligence criminelle, que ce soit par action ou par omission. À tous autres égards, je suis d'avis, comme je l'ai déjà dit, d'adopter les motifs de jugement du juge Cory, de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordre de nouveau procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER—J'ai lu les motifs de mon collègue le juge McIntyre et j'estime comme lui, pour les mêmes motifs, qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordre de nouveau procès. Je ferais cependant les mêmes observations en l'espèce que dans l'affaire *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appelant: Greenspan, Arnup, Toronto.*

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