

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Richard Kundeus *Respondent*.

1974: November 22, 25; 1975: June 26.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law—Charge of trafficking in LSD—Court of Appeal adopting view that although accused in fact sold LSD he intended to sell and thought he was selling mescaline—Whether Court of Appeal right in holding mens rea not proved—Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27.

While at a table in a beer parlour, the accused was calling out "speed, acid, MDA or hash" to passers-by. An undercover policeman asked for hash or acid, to which the accused replied that he was all sold out. He then offered to sell mescaline at two dollars. The policeman accepted the offer and paid the accused four dollars for two "hits". The accused left, returned in five minutes, and handed the policeman two capsules. In fact, these capsules contained LSD. The accused was convicted on a charge of trafficking in a restricted drug, namely lysergic acid dythalamide (LSD), contrary to the *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1970, c. F-27. On appeal, the Court of Appeal set aside the conviction on the ground that the prosecution had failed to establish the necessary *mens rea* for the offence charged. The Court of Appeal took the reasons of the trial judge as involving a finding that although the accused in fact sold LSD he intended to sell and thought he was selling mescaline and the policeman thought he was buying mescaline. With leave of this Court, the Crown appealed from the unanimous judgment of the Court of Appeal.

Held (Laskin C.J. and Spence J. dissenting): The appeal should be allowed and the conviction restored.

Per Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.: On the facts of the case, a rebuttable presumption arose that the accused intended to traffic in LSD and that he was guilty of the offence charged. No evidence having been tendered by the accused, it was not possible to find that he had an honest

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Richard Kundeus *Intimé*.

1974: les 22 et 25 novembre; 1975: le 26 juin.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel—Accusation de trafic de LSD—La Cour d'appel a conclu que l'accusé avait vendu de la LSD bien que son intention fût de vendre de la mescaline, ce qu'il croyait vendre—La Cour d'appel a-t-elle conclu à bon droit que l'on n'avait pas prouvé la mens rea?—Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, c. F-27.

L'accusé se trouvait à une table dans une taverne et annonçait aux clients «speed, acide, MDA ou hash». Un agent secret de la police demanda du «hash» ou de l'«acide» à l'accusé qui répondit qu'il ne lui en restait plus mais offrit par contre de vendre de la mescaline au prix de deux dollars. L'agent de police accepta l'offre et versa à l'accusé quatre dollars pour deux «doses». L'accusé sortit et, cinq minutes plus tard, donna à l'agent de police deux capsules qui contenaient en fait de la LSD. L'accusé a été déclaré coupable d'une accusation de trafic de drogue d'usage restreint, savoir la diéthylamide de l'acide lysergique (LSD), en violation des dispositions de la *Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1970, c. F-27. En appel, la Cour d'appel a infirmé la déclaration de culpabilité pour le motif que l'on n'avait pas prouvé la *mens rea* dans l'accusation en question. La Cour d'appel a vu dans les motifs du juge de première instance une conclusion que l'accusé avait vendu de la LSD bien que son intention fût de vendre de la mescaline, ce qu'il croyait vendre d'ailleurs, et le policier de son côté, croyait acheter. Sur autorisation de cette Cour, le ministère public a interjeté un pourvoi à l'encontre de l'arrêt unanime de la Cour d'appel.

Arrêt (Le juge en chef Laskin et le juge Spence étant dissidents): Le pourvoi doit être accueilli et la déclaration de culpabilité rétablie.

Les juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré: Les faits de la présente affaire donnent lieu à une présomption réfutable selon laquelle l'accusé avait l'intention de trafiquer de la LSD et qu'il est coupable de l'infraction dont il est accusé. L'accusé n'ayant produit aucune preuve, il n'est pas possible de

belief amounting to a non-existence of *mens rea*. The Court of Appeal was in error in its conclusion that the necessary *mens rea* had not been proved.

Per Laskin C.J. and Spence J., *dissenting*: Even if it be proper to describe trafficking in controlled drugs, whatever be the drug, or trafficking in restricted drugs, whatever be the drug, as being, in each case, a description of the same crime, it is impossible to bring mescaline within either category when it stands entirely outside the group of controlled or restricted drugs and is governed by other statutory provisions than those governing controlled or restricted drugs. It could not be accepted that where *mens rea* is an element of an offence, as it is here, it can be satisfied by proof of its existence in relation to another offence unless, of course, the situation involves an included offence of which the accused may be found guilty on his trial of the offence charged. The *actus reus* and the *mens rea* must relate to the same crime.

[*R. v. Custeau*, [1972] 2 O.R. 250, approved; *Beaver v. The Queen*, [1957] S.C.R. 531; *R. v. King*, [1962] S.C.R. 746, applied; *R. v. Blondin*, [1971] 2 W.W.R. 1, aff'd. [1971] S.C.R. v; *Poitras v. The Queen*, [1974] S.C.R. 649; *R. v. Burgess*, [1970] 2 O.R. 216; *Proudman v. Dayman* (1941), 67 C.L.R. 536; *R. v. Prince* (1875), L.R. 2 C.C.R. 154; *R. v. McLeod* (1954), 111 C.C.C. 106; *R. v. Reynhoudt* (1962), 107 C.L.R. 381; *R. v. Wallendorf*, [1920] S.A.L.R. 383; *R. v. Ladue*, [1965] 4 C.C.C. 265; *R. v. Scott*, [1964] 2 C.C.C. 257, referred to.]

APPEAL by the Crown from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia¹ setting aside the conviction of the respondent by Schultz Co. Ct. J. on a charge of trafficking in LSD contrary to the *Food and Drugs Act*. Appeal allowed and conviction restored, Laskin C.J. and Spence J. dissenting.

A. A. Sarchuk, Q.C., and G. Pinos, for the appellant.

P. C. Ritchie, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Spence J. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—The issue in this appeal, brought by the Crown with leave of

¹ [1974] 4 W.W.R. 228, 17 C.C.C. (2d) 345.

conclure que sa croyance sincère équivaut à l'absence de *mens rea*. La Cour d'appel a commis une erreur en concluant que l'on n'avait pas prouvé la *mens rea*.

Le juge en chef Laskin et le juge Spence, dissidents: Même s'il est juste de considérer le trafic des drogues contrôlées ou le trafic des drogues d'usage restreint, quelle que soit la drogue vendue, comme une même infraction dans chaque cas, il est impossible d'inclure la mescaline dans l'une ou l'autre catégorie alors qu'elle se trouve entièrement hors du groupe des drogues contrôlées ou d'usage restreint et qu'elle est régie par des dispositions statutaires autres que celles qui régissent les drogues contrôlées ou d'usage restreint. Il est impensable que lorsque la *mens rea* est un élément de l'infraction comme en l'espèce, on puisse en faire la preuve par rapport à une autre infraction à moins bien sûr que l'accusé ne soit déclaré coupable d'une infraction incluse. L'*actus reus* et la *mens rea* doivent se rattacher à la même infraction.

[Arrêt approuvé: *R. v. Custeau*, [1972] 2 O.R. 250; arrêts appliqués: *Beaver c. La Reine*, [1957] R.C.S. 531; *R. c. King*, [1962] R.C.S. 746; arrêts mentionnés: *R. c. Blondin*, [1971] 2 W.W.R. 1, confirmé à [1971] R.C.S. v; *Poitras c. La Reine*, [1974] R.C.S. 649; *R. v. Burgess*, [1970] 2 O.R. 216; *Proudman v. Dayman* (1941), 67 C.L.R. 536; *R. v. Prince* (1875), L.R. 2 C.C.R. 154; *R. v. McLeod* (1954), 111 C.C.C. 106; *R. v. Reynhoudt* (1962), 107 C.L.R. 381; *R. v. Wallendorf*, [1920] S.A.L.R. 383; *R. v. Ladue*, [1965] 4 C.C.C. 265; *R. v. Scott*, [1964] 2 C.C.C. 257.]

POURVOI interjeté par le ministère public à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹ qui a infirmé la déclaration de culpabilité prononcée contre l'intimé par le juge Schultz de la Cour de comté d'une accusation de trafic de LSD en violation des dispositions de la *Loi des aliments et drogues*. Pourvoi accueilli et déclaration de culpabilité rétablie, le juge en chef Laskin et le juge Spence étant dissidents.

A. A. Sarchuk, c.r., et G. Pinos, pour l'appelante.

P. C. Ritchie, pour l'intimé.

Le jugement du juge en chef Laskin et du juge Spence a été rendu par

LE JUGE EN CHEF (*dissident*)—Dans ce pourvoi, interjeté par le ministère public avec l'autori-

¹ [1974] 4 W.W.R. 228, 17 C.C.C. (2d) 345.

this Court, is whether the British Columbia Court of Appeal was right in concluding that the prosecution had failed to establish the necessary *mens rea* on a charge of trafficking in a restricted drug, namely lysergic acid dythalamide (LSD), contrary to the *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1970, c. F-27. I take the factual considerations to be those narrated and found by the trial judge (who had convicted the accused) and which were accepted by the British Columbia Court of Appeal.

Briefly, they are as follows, based on the evidence of the undercover policeman who was involved in the transaction with the accused. The latter was at a table in a beer parlour calling out "speed, acid, MDA or hash" to passers-by. The policeman asked for hash or acid, to which the accused replied that he was all sold out. He then offered to sell mescaline at two dollars. The policeman accepted the offer and paid the accused four dollars for two "hits". The accused left, returned in five minutes, and handed the policeman two capsules. In fact, these capsules contained LSD. The British Columbia Court of Appeal took the reasons of the trial judge as involving a finding that although the accused in fact sold LSD he intended to sell and thought he was selling mescaline and the policeman thought that he was buying mescaline. The record in this Court does not admit of any other view.

It was not contended by the Crown, and, indeed, could not be under the applicable legislation, that proof of the *actus reus* involved in the charge was alone enough to support the conviction; proof of *mens rea* also rested upon the Crown: see *Beaver v. The Queen*². The conviction can, of course, be easily supported if it be enough to establish that the accused intended to traffic in drugs and that it is immaterial, save as a matter of description in the charge, what particular drug or class of drug was the subject of the trafficking. Such a view overlooks the legislative scheme governing various drugs and the applicable penal provisions. On that view, the accused would have to risk the range of penalties applicable to the trafficking in the drug which was in fact sold, albeit he thought that he

sation de cette Cour, il s'agit de savoir si la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu à bon droit que l'on n'avait pas prouvé la *mens rea* dans une accusation de trafic de drogue d'usage restreint, savoir la diéthylamide de l'acide lysergique (LSD), en violation des dispositions de la *Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1970, c. F-27. Je me fonde sur les faits relatés et constatés par le juge de première instance (qui a déclaré l'accusé coupable) et retenus par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

Ces faits sont établis par le témoignage d'un agent secret de la police qui a traité avec l'accusé. Ce dernier se trouvait à une table dans une taverne et annonçait aux clients [TRADUCTION] «speed, acide, MDA ou hash». L'agent de police demanda du «hash» ou de l'«acide» à l'accusé qui répondit qu'il ne lui en restait plus mais offrit par contre de vendre de la mescaline au prix de deux dollars. L'agent de police accepta l'offre et versa à l'accusé quatre dollars pour deux «doses». L'accusé sortit et, cinq minutes plus tard, donna à l'agent de police deux capsules qui contenaient en fait de la LSD. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique vit dans les motifs du juge de première instance une conclusion que l'accusé avait vendu de la LSD bien que son intention fût de vendre de la mescaline, ce qu'il croyait vendre d'ailleurs, et le policier de son côté, croyait en acheter. Le dossier déposé devant cette Cour n'admet pas d'autre conclusion.

Le ministère public ne prétend pas, la législation en vigueur ne le lui permettant pas d'ailleurs, que la preuve de l'*actus reus* puisse à elle seule justifier la déclaration de culpabilité; la preuve de la *mens rea* lui incombait aussi: voir l'arrêt *Beaver c. La Reine*². Naturellement, la déclaration de culpabilité pourrait facilement se justifier s'il suffisait de prouver que l'accusé avait l'intention de se livrer au trafic de drogues, peu importe, sauf pour la description dans l'acte d'accusation, quelle drogue ou catégorie de drogues faisait l'objet du trafic. Cette manière de voir ne tient pas compte du plan général de la législation relative aux diverses drogues et de ses dispositions visant les sanctions pénales. De cette façon, l'accusé risquerait de se voir infliger toutes les peines relatives au trafic de

² [1957] S.C.R. 531.

² [1957] R.C.S. 531.

was selling one with respect to which a much lighter scale of penalties was prescribed.

The scheme of the *Food and Drugs Act* is of considerable relevance in this case. Sections 40 and 42, on which the prosecution was based, are in Part IV of the Act dealing with "restricted drugs", which are those included in Schedule H, and LSD is one of those mentioned. Part III of the Act deals with "controlled drugs" which are those included in Schedule G, and among them are amphetamine and methamphetamine. Sections 33 and 34 are provisions in Part III (relating to controlled drugs) which are to the same effect as ss. 40 and 42 relating to restricted drugs under Part IV. Sections 40 and 42 read as follows:

40. In this Part,

"possession" means possession as defined in the *Criminal Code*;

"regulations" means regulations made as provided for by or under section 45;

"restricted drug" means any drug or other substance included in Schedule H;

"traffic" means to manufacture, sell, export from or import into Canada, transport or deliver, otherwise than under the authority of this Part or the regulations.

42. (1) No person shall traffic in a restricted drug or any substance represented or held out by him to be a restricted drug.

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

(3) Every person who violates subsection (1) or (2) is guilty of an offence and is liable

(a) upon summary conviction, to imprisonment for eighteen months; or

(b) upon conviction on indictment, to imprisonment for ten years.

Mescaline is neither a controlled drug nor a restricted drug, but is a drug within Schedule F, included thereunder by virtue of s. 15 of the Act ("no person shall sell any drug described in Schedule F") and governed by regulations made pursuant to s. 25 of the Act. Section 15 of the Act is in Part I which deals with adulterated food, drugs and cosmetics, with deceptive advertising

la drogue vendue, bien qu'il crût vendre une drogue pour laquelle les peines sont bien moins sévères.

Le plan de la *Loi des aliments et drogues* est très important en l'instance. Les articles 40 et 42 sur lesquels s'est fondé le ministère public se trouvent à la partie IV de la Loi traitant de «drogues d'usage restreint», qui sont énumérées à l'annexe H et comprennent la LSD. La Partie III de la Loi vise les «drogues contrôlées», qui sont énumérées à l'annexe G et comprennent l'amphétamine et la méthamphétamine. On trouve les art. 33 et 34 dans la Partie III relative aux drogues contrôlées. Ils sont au même effet que les art. 40 et 42 de la Partie IV relative aux drogues d'usage restreint. Les articles 40 et 42 se lisent ainsi:

40. Dans la présente Partie

«drogue d'usage restreint» désigne toute drogue ou autre substance mentionnée à l'annexe H;

«possession» signifie la possession au sens où l'entend le *Code criminel*;

«règlements» désigne les règlements établis comme le prévoit l'article 45 ou en vertu de cet article;

«trafiquer» ou «faire le trafic» signifie le fait de fabriquer, vendre, exporter du Canada ou importer au Canada, transporter ou livrer, autrement que sous l'autorité de la présente Partie ou des règlements.

42. (1) Nul ne doit faire le trafic d'une drogue d'usage restreint ou d'une substance quelconque qu'il représente ou offre comme étant une drogue d'usage restreint.

(2) Nul ne doit avoir en sa possession une drogue d'usage restreint aux fins d'en faire le trafic.

(3) Quiconque contrevient aux dispositions des paragraphes (1) ou (2) est coupable d'une infraction et encourt,

a) sur déclaration sommaire de culpabilité, un emprisonnement de dix-huit mois; ou

b) sur déclaration de culpabilité par voie de mise en accusation, un emprisonnement de dix ans.

La mescaline n'est ni une drogue contrôlée ni une drogue d'usage restreint, mais une drogue qui figure à l'annexe F du règlement fait en vertu de l'art. 25 de la Loi. Elle ne figure pas à ce qui est présentement l'annexe F de la Loi. Elle n'est donc pas régie par l'art. 15 de la Loi qui décrète que «nul ne doit vendre une drogue mentionnée à l'annexe F». L'article 15 de la Loi se trouve dans la

and labelling, with control of standards of manufacturing and with the sanitary condition of premises. Part II of the Act deals with administration and enforcement of the Act by inspectors and includes very wide regulation-making powers set out in s. 25. Penalties for violation of the Act or of the regulations are prescribed by s. 26 which reads as follows:

26. Every person who violates any of the provisions of this Act or the regulations is guilty of an offence and is liable

(a) on summary conviction for a first offence to a fine not exceeding five hundred dollars or to imprisonment for a term not exceeding three months, or to both, and for a subsequent offence to a fine not exceeding one thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding six months, or to both; and

(b) on conviction upon indictment to a fine not exceeding five thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding three years, or to both.

It is common ground that any offence under the Act or regulations relating to the sale of mescaline would be punishable under s. 26. On the other hand, this provision would have no application to controlled or restricted drugs in the face of the penalty provisions of ss. 34 and 42 which alone govern illegal dealing in them. A comparison of the respective penalty provisions governing mescaline and LSD shows how much heavier the penalty is in respect of illegal dealing in the latter than in the former, both where the prosecution is on summary conviction and on indictment.

The regulation respecting mescaline is Regulation C.01.041 which prohibits the sale of any substance containing a drug listed or described in Schedule F unless on written or verbal prescription, and the regulation goes on to elaborate on these types of prescriptions. I may observe here that it is not an offence to possess mescaline but it is an offence to possess a controlled or a restricted drug for the purpose of "trafficking", defined (as

Partie I qui traite d'aliments, de drogues et de cosmétiques frelatés, de publicité et d'étiquetage mensongers, de contrôle des normes de fabrication et des conditions hygiéniques des lieux. La Partie II de la Loi traite de l'administration et de la mise en application par les inspecteurs, et comprend des pouvoirs réglementaires très larges prévus à l'art. 25. Les peines infligées pour violation de la Loi ou des règlements sont prévues à l'art. 26 qui se lit ainsi:

26. Quiconque viole une disposition de la présente loi ou des règlements est coupable d'une infraction et passible

a) sur déclaration sommaire de culpabilité, pour une première infraction, d'une amende ne dépassant pas cinq cents dollars, ou d'un emprisonnement de trois mois au maximum, ou des deux peines à la fois, et, en cas de récidive, d'une amende n'excédant pas mille dollars ou d'un emprisonnement de six mois au maximum, ou à la fois de l'amende et de l'emprisonnement; et

b) sur déclaration de culpabilité par voie de mise en accusation, d'une amende ne dépassant pas cinq mille dollars ou d'un emprisonnement de trois ans au maximum, ou à la fois de l'amende et de l'emprisonnement.

Il est admis que toute infraction à la Loi ou aux règlements relative à la vente de mescaline est susceptible de sanction en vertu de l'art. 26. Par ailleurs, cette disposition ne s'applique pas aux drogues contrôlées ou d'usage restreint vu les peines prévues aux art. 34 et 42 qui seuls en régissent le trafic illicite. Une comparaison des dispositions pénales concernant la mescaline et la LSD démontre que la sanction du trafic illicite de cette dernière est bien plus sévère que pour la première, qu'il s'agisse d'une poursuite sommaire ou d'une poursuite par voie de mise en accusation.

Le règlement C.01.041 sur la mescaline défend toute vente de substance contenant une drogue mentionnée à l'annexe F sans une ordonnance orale ou écrite, et il énumère les divers genres d'ordonnance. Il convient de remarquer que si la possession de mescaline ne constitue pas une infraction, il n'en va pas de même pour la possession d'une drogue contrôlée ou d'usage restreint à des fins de «trafic» dont la définition (déjà men-

already noted) to include, *inter alia*, selling, transporting and delivering.

Mescaline has been a Schedule F drug since 1958 (see SOR/58-115 (P.C. 1958-450); SOR/59-274 (P.C. 1959-956)). The statutory history of its position in Schedule F is somewhat involved, as witness the fact that by SOR/63-269 (P.C. 1963-1119) mescaline was included in a Schedule F which was added to the Regulations under the *Food and Drugs Act*, operating apparently as supplementary to Schedule F to the Act proper. (SOR/63-269 was replaced by SOR/65-548). In view of this history, I may note that there was error in the judgment of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Custeau*³ in the statement therein that mescaline was a controlled drug. In that case, the accused was charged and convicted on appeal of trafficking in LSD although he thought he was selling mescaline. The Court of Appeal in entering the conviction gave as one of its reasons that it is an offence to traffic in either a controlled drug or a restricted drug and, although there were separate penalties prescribed, the maximum penalty was the same in either case. In fact, however, mescaline was not then nor ever was a controlled drug or a restricted drug.

It was the contention of the appellant Crown that the required proof of *mens rea* was furnished by evidence showing what Crown counsel called a general intention to traffic in drugs; and, this being shown, it was immaterial that the accused did not intend to traffic in the specific drug which was named in the charge but thought (as did his purchaser) that he was trafficking in another drug. Crown counsel thus takes the position to which I referred earlier in these reasons, and he stated in this connection that the accused could meet the case against him only by relying on mistake of fact which must be an honest mistake on reasonable grounds that the facts believed by him to be true would not attract culpability of any drug offence. That, according to Crown counsel, was not this case.

There are, in my opinion, three issues that stem from this submission. The first is whether mistake

tionnée) couvre, *inter alia*, la vente, le transport et la livraison.

La mescaline est une drogue visée à l'annexe F depuis 1958 (cf. D.O.R.S./58-115 (C.P. 1958-450); D.O.R.S./59-274 (C.P. 1959-956)). L'histoire de sa classification est quelque peu complexe. Il suffit de noter qu'en vertu de D.O.R.S./63-269 (C.P. 1963-1119), elle figure à une annexe F qui a été rattachée au règlement établi en vertu de la Loi des aliments et drogues. (D.O.R.S./65-548 a remplacé D.O.R.S./63-269). A mon avis, il en découle que, dans l'affaire *R. v. Custeau*³, la Cour d'appel de l'Ontario a fait une erreur en déclarant la mescaline drogue contrôlée. L'inculpé avait été accusé de trafic LSD. En appel il en a été déclaré coupable bien qu'il crût vendre de la mescaline. L'un des motifs de la Cour d'appel, c'est que le trafic de drogues contrôlées ou d'usage restreint constitue dans les deux cas une infraction, la peine maximale étant la même bien que des peines distinctes aient été prévues à cet effet. En fait, la mescaline à cette époque n'était pas une drogue contrôlée ou d'usage restreint et ne l'a d'ailleurs jamais été.

Le ministère public soutient que la *mens rea* a été établie puisqu'on a prouvé ce que le substitut appelle l'intention générale de faire un trafic de drogues; une fois ceci prouvé, il importe peu, dit-il, que l'accusé n'ait pas eu l'intention de faire le trafic de la drogue mentionnée dans l'accusation et ait cru (de même que l'acheteur) faire le trafic d'une autre drogue. Le substitut prend donc la position que j'ai indiquée précédemment; il a déclaré à cet égard que le seul moyen de défense de l'accusé serait d'invoquer une erreur de fait qui devrait être une erreur faite de bonne foi pour des motifs raisonnables et comporter une croyance à l'existence de faits qui n'impliquent aucune infraction à la Loi. Le substitut prétend que tel n'est pas le cas.

A mon avis, cette prétention soulève trois points. Tout d'abord, il s'agit de savoir si l'erreur de fait

³ [1972] 2 O.R. 250.

³ [1972] 2 O.R. 250.

of fact arises at all as a separate defence for the accused in the face of the burden on the Crown to prove *mens rea* as an element of the offence charged. The offence charged was trafficking in a restricted drug, namely LSD; and although I would agree that proof of knowledge by the accused that he was trafficking in a drug of that class might be enough, even if it be not LSD, the question that must be faced is whether it is enough for the Crown to offer proof of trafficking in any drug or, as here, in a drug that is in a lower scale of prohibition and regulation.

Having regard to the evidence adduced at the trial, and to the findings of fact on that evidence, I do not think it necessary in the present case to consider the relationship between the Crown's burden of proof, where *mens rea* is an element of the offence charged, and mistake of fact as an affirmative defence. Clearly enough, mistake of fact in that sense does not arise where proof of *mens rea* is an element of proof of the offence charged and the evidence adduced by the Crown does not establish it. If mistake is put forward in this context by evidence offered by or on behalf of the accused, it is only by way of meeting an evidentiary burden and raising a reasonable doubt that the Crown has met the persuasive burden of proof resting upon it. What we are concerned with here, on the record, is whether evidence by the Crown going to show that the accused intended to commit a lesser offence than that charged is enough to support the conviction entered after trial.

The second issue which arises on the Crown's submissions is whether the mistake of fact must be objectively reasonable or whether it is enough that it be based upon an honest belief. Leaving to one side cases of strict criminal liability (on which the judgment of Dixon J. in *Proudman v. Dayman*⁴, at pp. 539-41, is specially instructive), where serious criminal charges are involved this Court put the matter as follows in *Beaver v. The Queen*, *supra*, where Cartwright J. said this (at p. 538):

⁴ (1941), 67 C.L.R. 536.

est un moyen de défense distinct de l'accusé en regard du fardeau de la preuve de la *mens rea* qui incombe au poursuivant comme élément de l'infraction reprochée, c'est-à-dire le trafic d'une drogue d'usage restreint, en l'occurrence la LSD. Et bien que je convienne qu'il pourrait suffire de prouver que l'accusé savait qu'il se livrait au trafic d'une drogue de cette catégorie, même s'il ne s'agissait pas de LSD, il faut se demander s'il suffit que le poursuivant prouve le fait du trafic de n'importe quelle drogue ou, comme ici, le fait du trafic d'une drogue dont l'interdiction et les sanctions sont moins sévères.

Compte tenu des preuves produites au procès et des conclusions sur les faits qui en ont été tirées, je ne pense pas qu'il soit nécessaire en l'espèce de considérer la relation entre le fardeau de la preuve incombant au poursuivant, quand la *mens rea* est un élément de l'infraction reprochée, et l'erreur de fait comme moyen de défense affirmatif. Évidemment, il ne saurait être question d'erreur de fait lorsque la *mens rea* constitue un élément de l'infraction reprochée et que cet élément n'est pas établi par le poursuivant. Si, dans ce contexte, les preuves présentées par l'accusé évoquent l'erreur, ce n'est que pour faire échec à la preuve de la poursuite et soulever un doute raisonnable qu'elle se soit acquittée du fardeau de la preuve convaincante qui lui incombe. En l'instance, il s'agit de savoir si la preuve produite par le poursuivant, laquelle tend à démontrer que l'accusé avait l'intention de commettre une infraction moins grave que celle dont on l'accuse, est suffisante pour étayer la déclaration de culpabilité inscrite après le procès.

Le second point auquel donnent lieu les prétentions du substitut est de savoir si l'erreur de fait doit être objectivement raisonnable ou s'il suffit qu'elle soit fondée sur une croyance sincère. Laisant de côté les cas de stricte responsabilité criminelle (à propos de laquelle la décision du juge Dixon dans *Proudman v. Dayman*⁴, aux pp. 539 à 541, est particulièrement utile), lorsqu'il s'agit de graves accusations criminelles, le juge Cartwright, au nom de cette Cour, a déclaré ce qui suit dans l'arrêt *Beaver c. la Reine*, *supra*, à la p. 538:

⁴ (1941), 67 C.L.R. 536.

... the essential question is whether the belief entertained by the accused is an honest one and ... the existence or non-existence of reasonable grounds for such belief is merely relevant evidence to be weighed by the tribunal of fact in determining that essential question.

See also *Director of Public Prosecutions v. Morgan*, Law Report in The London Times, May 1, 1975.

The third issue, which is tied in with the first, is whether mistake of fact is shown on proof that, on the facts as the accused honestly believed them to be, he was innocent of the offence charged, albeit guilty of another offence, or whether he must show that he was innocent of any offence. This last matter invites consideration of a proposition advanced in *R. v. Prince*⁵ by the one dissenting judge of the sixteen who heard the case in the Court of Crown Cases Reserved. The majority of that Court held that *mens rea* was not an essential ingredient of the offence charged, which was unlawfully taking any unmarried girl under age sixteen out of the possession and against the will of her father or mother. (The word "knowingly" was not in the charge). The accused reasonably believed that the girl he had abducted was over age sixteen. One of the points made by Brett J., who dissented on the ground that *mens rea* was an ingredient of the offence as it related to age, was that where *mens rea* must be proved it would suffice to show, if the facts were as the accused believed them to be, that he would still be guilty of a crime albeit one of a lesser degree than that charged as a result of the *actus reus*.

I do not think that this view is any longer sustainable. The requirement that where the *actus reus* of an offence is proved there must also be proof of the *mens rea* of the same crime is now basic in our criminal law. Williams, *Criminal Law*, 2nd ed. (1961), p. 129, makes the point when dealing with the question of "transferred malice" as follows:

The accused can be convicted where he both has the *mens rea* and commits the *actus reus* specified in the rule of law creating the crime, though they exist in

⁵ (1875), L.R. 2 C.C.R. 154.

[TRANSLATION] ... la question fondamentale est de savoir si la croyance de l'accusé est sincère et... l'existence ou l'absence de motifs raisonnables est simplement un élément de preuve pertinent dont le juge des faits doit tenir compte au moment de trancher la question.

Voir aussi l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Morgan*, dans le London Times du 1^{er} mai 1975.

Le troisième point lié au premier est de savoir s'il y a preuve d'erreur de fait lorsqu'il est établi que, selon ce que l'accusé croyait sincèrement, il n'était pas coupable de l'infraction dont on l'accuse quoique coupable d'une autre infraction ou s'il doit prouver qu'il était complètement innocent. Ce dernier point incite à considérer une proposition présentée dans l'arrêt *R. v. Prince*⁵, par le seul juge dissident parmi les seize qui ont entendu la cause dans la Court of Crown Cases Reserved. La majorité a statué que la *mens rea* n'était pas un élément essentiel de l'infraction en question, savoir d'avoir illégalement soustrait une jeune fille de moins de seize ans à la garde de ses parents et contre leur gré. (Le mot «sciemment» ne se trouvait pas dans l'accusation). L'accusé croyait raisonnablement que la fille qu'il avait enlevée avait plus de seize ans. Selon l'un des points soulevés par le juge Brett qui était dissident parce qu'il considérait que pour ce qui est de l'âge, la *mens rea* de l'infraction était un élément, il suffisait pour la prouver de démontrer que si les faits correspondaient à la version de l'accusé, ce dernier serait quand même coupable d'une infraction même si celle-ci est moins grave que celle dont on l'accuse en vertu de l'*actus reus*.

A mon avis, cette opinion ne se justifie plus. Le principe selon lequel la preuve de l'*actus reus* doit être accompagnée de celle de la *mens rea* pour la même infraction est devenu fondamental dans notre droit pénal. Williams le signale à la p. 129 de son ouvrage *Criminal Law*, 2^e éd. (1961), en examinant la question du «transfert de l'intention répréhensible»:

[TRANSLATION] L'accusé peut être déclaré coupable lorsqu'il a la *mens rea* et commet l'*actus reus* décrit dans la règle de droit créant l'infraction bien que ces

⁵ (1875), L.R. 2 C.C.R. 154.

respect of different objects. He cannot be convicted if his *mens rea* relates to one crime and his *actus reus* to a different crime, because that would be to disregard the requirement of an appropriate *mens rea*.

And again, at p. 131:

What are different crimes for the purpose of the rule depends primarily upon the arrangement of the statute; each section presumptively creates a different crime or group of crimes. It is possible for a single sentence of a section to create a number of different crimes, as is shown by the decisions on duplicity in pleading. If a section is thus held to create different crimes, it would not be possible to transfer the malice from one crime to another even within the same section.

See also, Smith and Hogan, *Criminal Law*, 3rd ed. (1973), pp. 49-51.

This is apt for the statutory situation which exists here and to which I have referred earlier in these reasons. Even if it be proper to describe trafficking in controlled drugs, whatever be the drug, or trafficking in restricted drugs, whatever be the drug, as being, in each case, a description of the same crime, I think it is impossible to bring mescaline within either category when it stands entirely outside the group of controlled or restricted drugs and is governed by other statutory provisions than those governing controlled or restricted drugs. I am unable to agree that where *mens rea* is an element of an offence, as it is here, it can be satisfied by proof of its existence in relation to another offence unless, of course, the situation involves an included offence of which the accused may be found guilty on his trial of the offence charged. A number of authors who have examined this problem in depth and, particularly in relation to the "lesser crime" doctrine, have come to this very conclusion: see Williams, *op. cit.*, at pp. 185 ff., Howard, *Australian Criminal Law*, 2nd ed. (1970), at pp. 375 ff., and Smith, "The Guilty Mind in the Criminal Law", (1960), 76 *Law Q. Rev.* 78, at pp. 91 ff. If judges are to be faced with a choice of policy in this area, it should be one consonant with fundamental principle, namely, that the *actus reus* and the *mens rea* must relate to

deux éléments aient des objets différents. Il ne peut être déclaré coupable si sa *mens rea* se rapporte à une infraction et son *actus reus* à une infraction différente parce que cela ne répond pas à l'exigence de la *mens rea* appropriée.

Et à la p. 131 du même ouvrage:

[TRADUCTION] Ce qui constitue différentes infractions à l'égard de ce principe dépend essentiellement des dispositions de la loi; il faut présumer que chaque article crée une infraction ou un groupe d'infractions. Une seule phrase dans un même article peut créer plusieurs infractions différentes comme le montrent les décisions prononcées à l'égard de la duplicité dans les actes d'accusation. Par conséquent, si un article crée des infractions différentes, on ne peut pas transférer l'intention reprehensible d'une infraction à une autre même au sein du même article.

Voir aussi l'ouvrage *Criminal Law* de Smith et Hogan, 3^e éd. (1973), de la p. 49 à la p. 51.

Ces observations s'appliquent parfaitement à la législation dont il s'agit et que j'ai citée précédemment. Même s'il est juste de considérer le trafic des drogues contrôlées ou le trafic de drogues d'usage restreint, quelle que soit la drogue vendue, comme une même infraction dans chaque cas, je pense qu'il est impossible d'inclure la mescaline dans l'une ou l'autre catégorie alors qu'elle se trouve entièrement hors du groupe des drogues contrôlées ou d'usage restreint et qu'elle est régie par des dispositions statutaires autres que celles qui régissent les drogues contrôlées ou d'usage restreint. Je ne pense pas que lorsque la *mens rea* est un élément de l'infraction comme en l'espèce, on puisse en faire la preuve par rapport à une autre infraction à moins bien sûr que l'accusé ne soit déclaré coupable d'une infraction incluse. Un certain nombre d'auteurs qui ont étudié la question de près, en particulier par rapport à la doctrine de «l'infraction moindre», ont abouti à la même conclusion; voir Williams, *op. cit.*, aux pp. 185 et suivantes, Howard, *Australian Criminal Law*, 2^e éd. (1970), aux pp. 375 et suivantes et Smith, «The Guilty Mind in the Criminal Law», (1960), 76 *Law Q. Rev.* 78, aux pp. 91 et suivantes. Si les juges ont à prendre position à cet égard, ils doivent faire un choix qui soit conforme au principe fondamental, c'est-à-dire que l'*actus reus* et la *mens rea*

the same crime: see Smith, "The Guilty Mind in the Criminal Law", (1960), 76 Law Q. Rev. 78.

This view has been the subject of consideration and some application in a number of decisions of appellate courts in Canada, some of which were considered and distinguished by the British Columbia Court of Appeal in the present case. I begin my reference to them by taking up first those cases that dealt with drug offences. The *Custeau* case, already mentioned, and *R. v. Burgess*⁶, may be considered together as being cases where (on the assumption in *Custeau* that mescaline was a controlled drug) offences of the same quality were involved if the facts had been as the accused believed them to be. In *Custeau*, the offence charged was trafficking in a restricted drug; the accused would have it that there was trafficking in a controlled drug. Although it may well be proper to treat trafficking in a restricted drug as being essentially the same offence as trafficking in a controlled drug, the conviction is not sustainable on a wider principle of liability that the honest belief of the accused is of no avail unless it would result in his act being entirely innocent. In *Burgess*, the charge was unlawful possession of a narcotic, to wit opium and the defence was that the accused believed he had hashish which was a narcotic whose possession was similarly prohibited. This was simply a case of the actual and intended act constituting the same crime, both drugs being in the class of narcotics and caught by the same penal provision, namely s. 3 of the *Narcotic Control Act*.

*R. v. Blondin*⁷, a judgment of the British Columbia Court of Appeal (of which McFarlane J.A., who delivered the reasons in the present case, was a member), also concerned an offence involving a narcotic which proved to be *cannabis* resin or hashish. The charge was unlawfully importing a narcotic, namely *cannabis* resin. The trial judge had charged the jury that the Crown was obliged to prove that the accused knew that the narcotic was that alleged in the indictment. This was held

doivent se rattacher à la même infraction: voir Smith, «The Guilty Mind in the Criminal Law», (1960), 76 Law Q. Rev. 78.

Ce point de vue a été examiné et parfois appliqué dans de nombreuses décisions rendues par les cours d'appel du Canada dont quelques-unes ont été considérées par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans la présente cause. Je me reporte à ces décisions en commençant d'abord par celles qui traitent des infractions relatives aux drogues. Dans *Custeau*, cité plus haut, et dans *R. v. Burgess*⁶, il s'agissait d'infractions de la même nature (en supposant dans *Custeau* que la mescaline soit une drogue contrôlée) si les faits correspondaient à la version de l'accusé. Dans *Custeau*, l'infraction reprochée portait sur le trafic de drogue d'usage restreint alors que l'accusé soutenait qu'il s'agissait de drogue contrôlée. Bien qu'on puisse considérer le trafic de drogue d'usage restreint et celui de drogue contrôlée comme étant essentiellement la même infraction, la déclaration de culpabilité ne se justifie pas en vertu d'un principe de responsabilité plus élargi selon lequel la croyance sincère de l'accusé ne lui est d'aucun secours à moins de prouver son entière innocence. Dans *Burgess*, l'accusation portait sur la possession illégale d'un stupéfiant, opium en l'occurrence, la défense soutenant que l'accusé croyait détenir du haschisch, stupéfiant dont la possession est également illégale. C'est un cas où l'acte réel et l'intention constituaient une même infraction, les deux drogues étant des stupéfiants et étant visées par les mêmes dispositions pénales, à savoir l'art. 3 de la *Loi sur les stupéfiants*.

L'arrêt *R. v. Blondin*⁷, rendu par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge McFarlane qui a exposé les motifs en la présente cause y siégeait) portait aussi sur une infraction relative à un stupéfiant qui s'est avéré de la résine de cannabis ou haschisch. L'accusation portait sur l'importation illégale d'un stupéfiant, à savoir de la résine de cannabis. Le juge de première instance avait instruit le jury que le poursuivant était tenu de prouver que l'accusé savait que le stupéfiant était

⁶ [1970] 2 O.R. 216.

⁷ [1971] 2 W.W.R. 1, 2 C.C.C. (2d) 118.

⁶ [1970] 2 O.R. 216.

⁷ [1971] 2 W.W.R. 1, 2 C.C.C. (2d) 118.

to be misdirection, the appellate Court being of the opinion, in the light of *Burgess* and other cases cited, that it was a proper direction to the jury that it was enough if the accused knew that some kind of narcotic was involved. This view of the matter was affirmed by this Court on appeal: see *Blondin v. The Queen*⁸. I may note here that under the *Narcotic Control Act* the importation of all narcotics is caught by a single proscription, namely s. 4 of the Act, so that the same offence is involved regardless of the narcotic. The British Columbia Court of Appeal also held that it was not a proper instruction that the accused might be found guilty of unlawfully importing a narcotic if he knew that it was illegal to import the substance that was found although he did not know it was a narcotic. In short, there was a marked difference between the offence of importing a narcotic and that of smuggling goods in breach of the *Customs Act*; *mens rea* in the latter respect was not enough to support a conviction of the former. This point was not passed upon by this Court, but it was referred to by McFarlane J.A., in delivering the judgment of the British Columbia Court of Appeal in the present case, to distinguish *Blondin*.

A second group of cases which considered "the lesser crime" doctrine is illustrated by *R. v. McLeod*⁹, which involved a charge of assaulting a peace officer in the execution of his duty, contrary to what is now s. 246(2)(a) of the *Criminal Code*. The question at issue was whether proof must be made that the accused knew that the victim was a peace officer. The British Columbia Court of Appeal held that this was an essential element of the offence charged and, notwithstanding that there was an assault, the requirement of *mens rea* was not satisfied by proof of a lesser crime, that is, common assault. A different view in the same situation was taken by the High Court of Australia in a majority judgment in *R. v. Reynhoudt*¹⁰, which held that it was enough for the Crown to establish the intentional assault, without being

celui mentionné dans l'acte d'accusation. La Cour d'appel a statué que le jury avait été irrégulièrement instruit car, à la lumière des arrêts cités plus haut, *Burgess* entre autres, il suffisait que l'accusé sache qu'il s'agissait d'un stupéfiant. Cette conclusion a été confirmée par cette Cour: voir *Blondin v. The Queen*⁸. Je signale qu'en vertu de la *Loi sur les stupéfiants*, l'importation de tout stupéfiant est sanctionnée par une seule et même prescription, à savoir l'art. 4 de la Loi, de sorte qu'il s'agit toujours de la même infraction quel que soit le stupéfiant. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a également décidé que c'était une erreur de dire que l'accusé pourrait être déclaré coupable d'importation illicite de stupéfiant s'il savait qu'il est illégal d'importer la substance en question mais ne savait pas qu'il s'agissait d'un stupéfiant. Bref, il y a une différence prononcée entre importation de stupéfiants et la contrebande de marchandises en violation de la *Loi sur les douanes*; la *mens rea* quant à la deuxième n'est pas suffisante pour justifier une déclaration de culpabilité pour importation de stupéfiants. Cette Cour n'a pas traité de ce point-là, mais le juge McFarlane de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique l'a mentionné dans la présente affaire pour établir une distinction avec l'affaire *Blondin*.

Un deuxième groupe d'arrêts où l'on a examiné la doctrine de «l'infraction moindre» est illustré par *R. v. McLeod*⁹, où il s'agissait de voies de fait contre un agent de la paix dans l'exécution de ses fonctions en violation du présent al. a) du par. (2) de l'art. 246 du *Code criminel*. Il s'agissait de savoir s'il fallait prouver que l'accusé savait que sa victime était un agent de la paix. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué que c'était un élément essentiel de l'infraction et, malgré la preuve d'une infraction moindre, c'est-à-dire des voies de fait simples, on n'avait pas satisfait à l'exigence de la *mens rea*. La même question a été tranchée différemment par la Haute Cour d'Australie dans l'arrêt majoritaire *R. v. Reynhoudt*¹⁰, où il a été décidé qu'il suffisait que la poursuite prouve les voies de fait avec intention sans démon-

⁸ [1971] S.C.R. v, (1971), 4 C.C.C. (2d) 566.

⁹ (1954), 111 C.C.C. 106.

¹⁰ (1962), 107 C.L.R. 381.

⁸ [1971] R.C.S. v, (1971), 4 C.C.C. (2d) 566.

⁹ (1954), 111 C.C.C. 106.

¹⁰ (1962), 107 C.L.R. 381.

required to prove that the accused knew that the person assaulted was a peace officer acting in the execution of his duty. The dissenting judgment of Dixon C.J. was to the effect that intent must go to all the elements of the whole offence, an opinion shared by Kitto J. The South African Supreme Court, Appellate Division in *R. v. Wallendorf*¹¹, took a similar majority view to that in the *Reynhoudt* case in holding that it was not essential to prove that the accused knew that the victim of the assault was a constable.

A different class of case, raising the question of *mens rea* referable to a more serious crime than that charged, is *R. v. Ladue*¹², a judgment of the Yukon Territory Court of Appeal which is staffed by members of the British Columbia Court of Appeal. The charge was indecently interfering with a dead human body, and the evidence showed copulation or attempted copulation with a woman who was then dead, albeit the accused testified that by reason of his intoxication he did not know that she was dead. The Court held that knowledge that the woman was dead was not an ingredient of the offence, and hence, I take it, not an element requiring proof by the Crown. The Court also appears to have held, somewhat inconsistently, that proof that he did not know the woman was dead could be offered in defence by the accused, but it added that here he would be in the dilemma of admitting to rape (there being no question of consent), a more serious offence than that charged. It does occur to me, however, that the facts being what they were, the proper charge ought to have been attempted rape.

Is any general principle deductible from the foregoing catalogue of instances? Certainly, it cannot be said that, in general, where *mens rea* is an ingredient of an offence and the *actus reus* is proved it is enough if an intent is shown that would support a conviction of another crime, whether more or less serious than the offence actually committed. Coming to the particular, to the case before this Court, where proof is made of an *actus reus* that, in a general sense, is common to a range or variety of offences which require *mens rea* but

trer que l'accusé savait que sa victime était un agent de la paix dans l'exécution de ses fonctions. Le juge Dixon, dissident, était d'avis que l'intention doit s'étendre à tous les éléments de l'infraction, avis partagé par le juge Kitto. Dans *R. v. Wallendorf*¹¹, la Division d'appel de la Cour suprême de l'Afrique du Sud s'est rangée au même avis en statuant qu'il n'était pas essentiel de prouver que l'accusé savait que sa victime était un agent de police.

L'affaire *R. v. Ladue*¹², entendue par la Cour d'appel du Territoire du Yukon qui est formée de juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, représente une autre catégorie d'affaires où la *mens rea* vise une infraction plus grave que celle reprochée. L'acte d'accusation décrivait une indécence commise envers un cadavre humain, le coït ou la tentative de coït avec le cadavre d'une femme ayant été prouvé bien que l'accusé eût témoigné qu'en raison de son état d'ébriété, il ne s'était pas rendu compte que la femme était morte. La Cour a décidé que le fait de savoir que la femme était morte ne constituait pas un élément de l'infraction et donc, semble-t-il, n'avait pas à être prouvé par le poursuivant. On semble aussi avoir décidé, peut-être de manière inconséquente, que l'accusé pouvait invoquer comme moyen de défense son ignorance de la mort de la femme mais on a ajouté qu'il devrait alors avouer le viol (le consentement étant hors de question), infraction plus grave que celle dont on l'accusait. Il me semble toutefois qu'en présence des faits en question, on aurait dû l'accuser de tentative de viol.

Peut-on tirer un principe général de la série d'exemples qui précèdent? On ne peut certainement pas affirmer que, règle générale, lorsque la *mens rea* est un élément de l'infraction et que l'*actus reus* est prouvé, il suffit de démontrer une intention qui permettrait de déclarer l'accusé coupable d'une autre infraction, peu importe qu'elle soit plus ou moins grave que celle qui a été effectivement commise. En l'espèce, la preuve étant faite de l'*actus reus* qui, en général, est commun à diverses infractions exigeant toutes la *mens rea*

¹¹ [1920] S.A.L.R. 383.

¹² [1965] 4 C.C.C. 265.

¹¹ [1920] S.A.L.R. 383.

¹² [1965] 4 C.C.C. 265.

those offences differ as to gravity by reason of different classifications and different penalties, is a charge of a more serious offence established by proof only that the accused intended to commit and could have been found guilty of a less serious, a lesser offence? The matter, in terms of principle, depends on how strict an observance there should be of the requirement of *mens rea*. If there is to be a relaxation of the requirement, should it not come from Parliament, which could provide for the substitution of a conviction of the lesser offence, in the same way as provision now exists in our criminal law for entering a conviction on an included offence?

This position is the one taken by the Model Penal Code of the American Law Institute (1962) which provides as follows in s. 2.04(2):

Although ignorance or mistake would otherwise afford a defense to the offense charged, the defense is not available if the defendant would be guilty of another offense had the situation been as he supposed. In such case, however, the ignorance or mistake of the defendant shall reduce the grade and degree of the offense of which he may be convicted to those of the offense of which he would be guilty had the situation been as he supposed.

In the present case, and under present Canadian law, this sensible solution to a difficult problem is not open to this Court.

There may be some regret on the part of a court to free a person who appears to be guilty of an offence with which he has not been charged. That regret, if any there be, cannot be a vehicle for making a particular charge which cannot be proved serve as a foundation for imposing culpability of another, which is not an included offence. If there is to be a modification of principle in a situation like the present one, it must come from Parliament.

I return in this connection to the judgment of this Court in *Beaver v. The Queen*, which also involved a conviction of selling a narcotic drug as well as a conviction of possession. In respect of both charges the appellant's position was that he believed that a harmless substance, sugar of milk, was contained in the package sold to an undercover policeman and did not know that the package

mais dont la gravité varie par suite de leur classification et de sanctions différentes, peut-on déclarer l'accusé coupable de l'infraction la plus grave sur la seule preuve qu'il avait l'intention de commettre une infraction moins grave dont on aurait pu le déclarer coupable? En principe, cela dépend de l'application plus ou moins rigoureuse de l'exigence de la *mens rea*. S'il faut en assouplir la norme, cela ne doit-il pas venir du Parlement qui pourrait permettre de substituer une déclaration de culpabilité de l'infraction moindre tout comme notre droit pénal prévoit présentement une condamnation pour une infraction incluse?

C'est la position prise par le Model Penal Code de l'American Law Institute (1962) dont l'art. 2.04(2) prévoit ce qui suit:

[TRADUCTION] Bien que l'ignorance ou l'erreur eût procuré par ailleurs un moyen de défense contre l'infraction reprochée, ce moyen est irrecevable si le défendeur est coupable d'une autre infraction en admettant que la situation était telle qu'il le croyait. Toutefois, dans de telles circonstances, l'ignorance ou l'erreur du défendeur ramène la gravité de l'infraction dont il peut être déclaré coupable au niveau de l'infraction dont il serait coupable si la situation était telle qu'il le croyait.

En vertu des lois canadiennes actuelles, cette solution logique d'un problème difficile n'est pas à la portée de cette Cour.

Une cour peut déplorer d'avoir à innocenter une personne qui paraît coupable d'une infraction dont elle n'a pas été accusée. Ce regret, s'il existe, ne peut nous fonder à prononcer, sur une accusation qui ne peut être prouvée, une déclaration de culpabilité d'une autre infraction qui n'est pas une infraction incluse. Si l'on doit modifier le principe dans un cas de ce genre, c'est au Parlement qu'il appartient de le faire.

A cet égard, je reviens au jugement rendu par cette Cour dans *Beaver c. La Reine*, où il s'agissait de condamnation pour vente aussi bien que pour possession de stupéfiant. Sur les deux accusations, l'appelant soutenait qu'il ignorait que le paquet vendu à un agent secret de la police contenait un stupéfiant mais croyait qu'il s'agissait plutôt d'une substance inoffensive, du lactose. Dans la formula-

contained a narcotic. There was this difference in the formulation of the two offences: the possession offence was one simply of forbidden possession of a narcotic without lawful authority, while the selling offence related to sale of any substance represented or held out to be a drug. Because there was evidence of such a representation or holding out, the conviction of selling was affirmed. Parliament, in short, had made a distinction in the applicability of *mens rea* to each of the two offences.

There is another consideration which should be brought into account in this case. The Crown's case was built on evidence of an undercover policeman which must have been as well known to the prosecuting authorities before the trial as it was as a result of the trial. I can appreciate that there could have been some difficulty in determining what charge should be laid on the facts disclosed by the chief Crown witness. Although the Crown may have felt that it could support the charge actually laid, it could also, as a matter of precaution, have laid a charge of attempting to traffic in mescaline. Such a charge is supportable under s. 24 of the *Criminal Code* which makes it immaterial whether it was possible or not to commit the intended offence: see 10 Halsbury, 3rd ed., p. 306; *R. v. Scott*¹³. I have already indicated the view of the facts that the record compels. If there should be any doubt on the evidence whether the accused offered and intended to sell mescaline, that doubt cannot be translated into an affirmative finding, certainly not in this Court, that he offered and intended to sell LSD. At the worst, it would require a new trial.

I see no such doubt and, on the considerations I have canvassed, I would dismiss the appeal.

The judgment of Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ. was delivered by

DE GRANDPRÉ J.—With leave of this Court, the Crown appeals the unanimous judgment of the British Columbia Court of Appeal¹⁴ setting aside the conviction of respondent. In the words of the

tion des deux infractions, la distinction était la suivante: la première visait simplement la possession de stupéfiant sans autorisation légale alors que la deuxième visait la vente d'une substance quelconque ou offerte comme étant une drogue. Ceci ayant été prouvé, la déclaration de culpabilité pour vente de stupéfiants a été confirmée. Bref, le Parlement avait fait une distinction dans l'application de la *mens rea* pour chacune des deux infractions.

Il y a lieu de tenir compte d'un autre facteur en l'espèce. Le ministère public se fonde sur le témoignage d'un agent secret de la police, témoignage dont il devait connaître la teneur avant aussi bien qu'après le procès. Je comprends qu'il ait été difficile de déterminer l'accusation à porter d'après les faits énoncés par le principal témoin de la poursuite. Bien que le substitut ait pu croire qu'il pourrait appuyer l'accusation effectivement portée, il aurait pu aussi, par précaution, présenter une accusation de tentative de trafic de mescaline en vertu de l'art. 24 du *Code criminel*, selon lequel il importe peu qu'il fût possible ou non de commettre l'infraction projetée: voir 10 Halsbury, 3^e éd. à la p. 306 et *R. v. Scott*¹³. J'ai déjà souligné la version des faits que révèle le dossier. Si un doute subsistait quant à la preuve que l'accusé a offert et avait l'intention de vendre de la mescaline, ce doute ne pourrait donner lieu à une conclusion affirmative, du moins pas par cette Cour, à l'effet que l'accusé aurait offert et aurait eu l'intention de vendre de la LSD. Au pire, il faudrait ordonner un nouveau procès.

Je n'entretiens pas ce doute et, pour les motifs énoncés plus haut, je rejeterais le pourvoi.

Le jugement des juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ—Avec l'autorisation de cette Cour, la Couronne en appelle de l'arrêt prononcé à l'unanimité par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹⁴ annulant la déclaration de

¹³ [1964] 2 C.C.C. 257.

¹⁴ 17 C.C.C. (2d) 345.

¹³ [1964] 2 C.C.C. 257.

¹⁴ 17 C.C.C. (2d) 345.

indictment, Kundeus was charged that he did

on the 24th day of August A.D. 1972, unlawfully traffic in a restricted drug, to wit: Lysergic Acid Diethylamide (LSD), contrary to the provisions of the Food and Drugs Act.

The facts are stated in the reasons for judgment of the trial judge:

Police Constable MacKay-Dunn testified that, on August 24, 1972, at about 10:15 P.M., the Constable, acting undercover in the Gas Town area, and the Accused were at a table in the Travellers Hotel, 57 West Cordova in the City of Vancouver. The police Constable testified the Accused was calling out, "Speed, acid, MDA or hash", to passers by in the beer parlor. The police constable asked for hash or acid. The Accused said they were all sold out. The Accused offered mescaline at two dollars. The police constable accepted the offer, requested two "hits" and paid four dollars, to the Accused for same. The Accused left, returned in about five minutes, and handed two capsules, Exhibit 1, to the police constable. Exhibit 1 was, in fact, two capsules of LSD (See exhibit 2).

The trial judge adds that

the accused elected not to adduce any evidence in defence.

After having stated that the sole issue was *mens rea*, the trial judge examined the relevant parts of the *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1970, c. F-27, and of the regulations thereunder, as well as the cases of *R. v. Blondin*¹⁵ (confirmed by this Court¹⁶); *R. v. Burgess*¹⁷, and *R. v. Custeau*¹⁸ and concluded:

The Court has considered the evidence in this trial and the able submissions of respective Counsel.

The Court concludes that the prosecution has proved, beyond a reasonable doubt, the guilt of the Accused . . .

Respondent inscribed an appeal alleging an error involving a question of law upon the following ground:

The learned trial judge misdirected himself in law in holding that if he was satisfied beyond a reasonable

culpabilité de l'intimé. Aux termes de l'inculpation, Kundeus était accusé

[TRADUCTION] de s'être livré le 24 août 1972 au trafic illicite de drogue d'usage restreint, à savoir le diéthylamide de l'acide lysergique (LSD) en violation des dispositions de la Loi des aliments et drogues.

Les faits sont relatés dans les motifs du juge de première instance:

[TRADUCTION] L'agent de police MacKay-Dunn a témoigné que le 24 août 1972, aux environs de 22 h 15, il se trouvait assis, en qualité d'agent secret travaillant dans le secteur Gas Town, à la même table que l'accusé à l'hôtel Travellers, 57 West Cordova dans la ville de Vancouver. L'agent de police a affirmé que l'accusé criait [TRADUCTION] «speed, acide, MDA ou hash» à l'intention des clients de la taverne et qu'il lui avait demandé du hash ou de l'acide, ce à quoi l'accusé répondit qu'il n'en restait plus mais lui offrit de la mescaline à deux dollars. L'agent de police accepta l'offre, demanda deux doses et paya quatre dollars à l'accusé. Celui-ci le quitta pour revenir cinq minutes plus tard et lui remettre deux capsules, pièce 1 en l'occurrence. En fait, la pièce 1 se composait de deux capsules de LSD (voir pièce 2).

Le juge de première instance a ajouté que

[TRADUCTION] l'accusé a choisi de ne produire aucune preuve pour sa défense.

Après avoir déclaré qu'il s'agissait uniquement de *mens rea*, le juge de première instance a étudié les articles et les règlements pertinents de la *Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1970, c. F-27, ainsi que les arrêts *R. v. Blondin*¹⁵ (confirmé par cette Cour¹⁶); *R. v. Burgess*¹⁷, et *R. v. Custeau*¹⁸ et il a conclu ce qui suit:

[TRADUCTION] La Cour a tenu compte des témoignages déposés à ce procès et des plaidoiries soignées des avocats respectifs.

La Cour conclut que le ministère public a établi, hors de tout doute raisonnable, la culpabilité de l'accusé . . .

L'intimé a interjeté appel en alléguant qu'une erreur s'était produite sur une question de droit pour le motif suivant:

[TRADUCTION] Le savant juge de première instance a fait une erreur de droit en soutenant que s'il était

¹⁵ [1971] 2 W.W.R. 1.

¹⁶ [1971] S.C.R. v, 4 C.C.C. (2d) 566.

¹⁷ [1970] 2 O.R. 216.

¹⁸ [1972] 2 O.R. 250.

¹⁵ [1971] 2 W.W.R. 1.

¹⁶ [1971] R.C.S. v., 4 C.C.C. (2d) 566.

¹⁷ [1970] 2 O.R. 216.

¹⁸ [1972] 2 O.R. 250.

doubt that the accused knew it was illegal to sell the drug mescaline, although said drug is not a restricted drug as defined in the Food and Drugs Act, and in fact intended to sell the drug mescaline, he should convict the accused of trafficking in L.S.D., a restricted drug under the Food and Drugs Act, when the substance sold as mescaline analyzed to be L.S.D., even if the accused did not know that the substance was in fact the restricted drug L.S.D.

The Court of Appeal disagreed with the conclusion reached by the trial judge and specifically refused to follow *R. v. Custeau*. The conviction was consequently set aside.

Mens rea cannot, of course, be examined without reference to *Beaver v. The Queen*¹⁹. In that case, there was evidence on which the jury might have found that Beaver had no knowledge that the substance was a drug but believed it to be sugar of milk. It is in that context that the following excerpt from the reasons of Cartwright J., as he then was, must be read (p. 538):

... the essential question is whether the belief entertained by the accused is an honest one and that the existence or non-existence of reasonable grounds for such belief is merely relevant evidence to be weighed by the tribunal of fact in determining that essential question.

The question to which Cartwright J. was directing his attention is made very clear in the illustration he uses at p. 536:

It may be of assistance in examining the problem to use a simple illustration. Suppose X goes to the shop of Y, a druggist, and asks Y to sell him some baking-soda. Y hands him a sealed packet which he tells him contains baking-soda and charges him a few cents. X honestly believes that the packet contains baking-soda but in fact it contains heroin. X puts the package in his pocket, takes it home and later puts it in a cupboard in his bathroom. There would seem to be no doubt that X has had actual manual and physical possession of the package and that he continues to have possession of the package while it is in his cupboard. The main question raised on this appeal is whether, in the supposed circumstances, X would be guilty of the crime of having heroin in his possession?

¹⁹ [1957] S.C.R. 531.

convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé savait que la vente de mescaline était illicite bien que celle-ci ne soit pas d'usage restreint en vertu de la Loi des aliments et drogues et qu'il avait effectivement l'intention d'en vendre, l'accusé devrait être déclaré coupable de trafic de LSD, drogue d'usage restreint en vertu de la Loi des aliments et drogues lorsque la substance vendue comme mescaline s'est avérée du LSD à la suite d'analyses, même si l'accusé ne savait pas que la substance en question était du LSD, drogue d'usage restreint.

La Cour d'appel n'a pas partagé l'opinion du juge de première instance et elle a expressément refusé de suivre l'arrêt *R. v. Custeau*. La déclaration de culpabilité a donc été annulée.

La *mens rea* ne peut être examinée sans renvoi à l'arrêt *Beaver c. La Reine*¹⁹. Dans ce cas, le jury avait devant lui une preuve qu'il était libre d'accepter à l'effet que Beaver ne savait pas que la substance en question était une drogue mais croyait plutôt qu'il s'agissait de lactose. C'est dans ce contexte qu'il faut lire l'extrait des motifs de M. le juge Cartwright, alors juge puîné (p. 538):

[TRADUCTION] ... la question fondamentale est de savoir si la croyance de l'accusé est sincère, l'existence ou l'absence de motifs raisonnables de ladite croyance étant simplement une preuve pertinente dont devait tenir compte le juge des faits avant de trancher la question.

La question sur laquelle le juge Cartwright s'est penché devient évidente grâce à l'exemple qu'il en donne à la p. 536:

[TRADUCTION] Un simple exemple suffit pour comprendre le problème. Supposons que X se rende à l'établissement de Y, pharmacien, et lui demande du bicarbonate de soude. Y lui donne un paquet fermé qu'il affirme contenir du bicarbonate de soude et lui demande quelques sous. X croit sincèrement que le paquet contient du bicarbonate de soude alors qu'il s'agit en fait d'héroïne. X met le paquet dans sa poche, retourne chez lui et le dépose plus tard dans un placard dans la salle de bain. Il n'y a aucun doute que X a le paquet en sa possession et continue à l'avoir tant que celui-ci se trouve dans le placard. La question principale soulevée dans le pourvoi est de savoir si, dans les circonstances présumées, X serait coupable de possession d'héroïne?

¹⁹ [1957] R.C.S. 531.

It will be observed at once that we are not concerned with the incidence of the burden of proof or of the obligation of adducing evidence. The judgment of the Court of Appeal states the law to be that X must be convicted although he proves to the point of demonstration that he honestly believed the package to contain baking-soda.

Our facts are different. They are very simple and not contradicted. One reading of them is that Kundeus was offering LSD for sale, actually sold LSD and received payment therefor. On that reading, it is obvious that the conviction should have been affirmed.

Another reading is that adopted by the Court of Appeal and expressed by McFarlane J.A., speaking for the Court (p. 345):

The evidence disclosed, and the trial Judge found, that the appellant offered to sell mescaline at two dollars to a police constable acting undercover. The constable accepted the offer and paid the appellant four dollars for two "hits". The appellant left, returned in about five minutes and handed the constable two capsules which were found, on analysis, to contain LSD.

I think I must interpret the reasons for judgment of the trial Judge as a finding that although the appellant did in fact sell LSD he thought he was selling, and intended to sell, mescaline and that the constable also thought he was purchasing Mescaline.

Assuming that this reading of the trial judgment is the proper one, was the Court of Appeal right in holding that the necessary *mens rea* had not been proved? I do not believe so.

In *R. v. Blondin, supra*, a case dealing with the importation of narcotics, the Crown succeeded on the following ground of its appeal:

"(e) That the learned trial judge misdirected the jury in instructing it that the Crown was obliged to prove beyond a reasonable doubt that the accused knew that the contents of the scuba diving tank (Exhibit 1) was a narcotic drug as alleged in the Indictment herein, namely, Cannabis Resin."

After a full review of the authorities, Robertson J.A. concluded (p. 13):

A remarquer que nous laissons de côté le fardeau de la preuve et l'obligation de fournir une preuve. La Cour d'appel dit que selon la loi, X doit être déclaré coupable même s'il démontre, preuve à l'appui, qu'il croyait honnêtement que le paquet contenait du bicarbonate de soude.

Les faits en l'espèce sont différents, ils sont simples et incontestés. Il est possible d'y trouver que Kundeus a offert de vendre du LSD, l'a effectivement vendu et en a encaissé le prix. Sur cette interprétation, il est évident que la déclaration de culpabilité aurait dû être confirmée.

Toutefois, M. le juge McFarlane en donne une interprétation différente à la p. 345:

[TRADUCTION] Les preuves recueillies ont révélé, et le juge de première instance a conclu de même, que l'appellant a offert de la mescaline pour deux dollars à un agent secret de la police. Ce dernier a accepté l'offre et versé quatre dollars à l'appellant en échange de deux «doses». L'appellant est parti pour revenir environ cinq minutes plus tard et remettre deux capsules à l'agent de police qui, après analyse, se sont avérées contenir du LSD.

Je dois interpréter les motifs du juge de première instance de manière à dire que bien qu'il vendait du LSD, l'appellant avait l'intention de vendre de la mescaline et croyait en vendre, et l'agent de police croyait en acheter.

A supposer que cette interprétation du jugement de première instance soit correcte, la Cour d'appel a-t-elle décidé à bon droit que la *mens rea* nécessaire n'avait pas été établie? Je ne suis pas de cet avis.

Dans l'arrêt *R. v. Blondin, supra*, qui portait sur l'importation de stupéfiants, la Couronne a eu gain de cause sur le moyen d'appel suivant:

[TRADUCTION] «e) Que le savant juge de première instance a mal instruit le jury en lui disant que la Couronne était obligée de prouver au-delà d'un doute raisonnable que l'accusé savait que le réservoir de plongée autonome (pièce 1) contenait des stupéfiants comme le prétend l'acte d'accusation ci-joint, à savoir de la résine de Cannabis.»

Après une étude complète des précédents, M. le juge Robertson a conclu ce qui suit à la p. 13:

Basing my opinion upon what I understand to be the principle enunciated in the several passages I have quoted, I am of the respectful opinion that the learned trial Judge erred when he instructed the jury that, in order to find Blondin guilty, they must find that he knew that the substance in the tank was cannabis resin. It would be sufficient to find, in relation to a narcotic, *mens rea* in its widest sense.

An appeal to this Court by the accused was dismissed by the full bench in the following terms:

We agree that the Court of Appeal rightly allowed the appeal and directed a new trial on ground (e) of the Notice of Appeal to that Court.

That judgment must be read with another decision of this Court, namely *The Queen v. King*²⁰, where the facts, the question submitted to this Court and the holding are expressed in the headnote:

The accused went to his dentist by appointment to have two teeth extracted. He was injected with a drug known as sodium pentothal, a quick-acting anaesthetic. Earlier, he had been required to sign a printed form containing a warning not to drive after the anaesthetic until his head had cleared. After he regained consciousness, the nurse in attendance, to whom he appeared to be normal, warned him not to drive until his head was "perfectly clear". He replied that he intended to walk. The accused said that he heard no such warning and did not remember signing any form containing a warning. He remembered getting into his car and that while driving he became unconscious. His car ran into the rear of a parked vehicle. Medical evidence was given that his mental and physical condition (he was staggering and his co-ordination was poor) was consistent with the after-effects of the drug in question which may induce a state of amnesia accompanied by a period during which the subject may feel competent to drive a car and in the next second be in a condition in which he would not know what was happening. The accused stated that he did not know anything about this drug.

He was charged and convicted of the offence of driving a motor vehicle while his ability to do so was impaired by a drug, contrary to s. 223 of the *Criminal Code*. After a trial *de novo* before a County Court judge under s. 720 of the Code, his conviction was affirmed. The Court of Appeal granted him leave to appeal and

[TRANSLATION] En me fondant sur ce que je crois être le principe énoncé dans les divers passages que j'ai cités, je suis d'avis que le savant juge de première instance s'est trompé en déclarant au jury que pour établir la culpabilité de Blondin, il doit conclure que Blondin savait que la substance contenue dans le réservoir était de la résine de Cannabis. En matière de stupéfiants, il suffit d'établir la *mens rea* dans son sens le plus large.

L'appel interjeté par l'accusé devant cette Cour a été rejeté à l'unanimité dans les termes suivants:

Nous sommes d'accord que la Cour d'appel a eu raison sur le moyen formulé à l'alinéa e) de l'avis d'appel à ladite cour, d'accueillir l'appel et d'ordonner un nouveau procès.

Ce dernier jugement doit être lu en regard d'une autre décision de cette Cour, l'arrêt *La Reine c. King*²⁰ où les faits, la question déferée à la Cour et l'opinion rendue sont exposés dans le sommaire:

[TRANSLATION] L'accusé est allé sur rendez-vous chez son dentiste pour deux extractions de dent. On lui fit une piqûre de sodium pentothal, anesthésique à effet rapide. On lui avait fait signer plus tôt une feuille l'avertissant de ne pas conduire avant que l'effet de l'anesthésique se soit entièrement dissipé. Après avoir repris connaissance, l'infirmière qui le trouvait normal, l'avertit de ne pas conduire jusqu'à ce qu'il ait «complètement regagné ses esprits». Il lui répondit qu'il avait l'intention de marcher mais il déclara ne pas avoir reçu de tel avertissement et ne pas se rappeler d'avoir signé une feuille quelconque comportant un tel avertissement. Il se rappelle avoir pris sa voiture et avoir perdu connaissance en conduisant. Sa voiture heurta l'arrière d'un véhicule garé et l'examen médical prouva que son état physique et mental (il titubait et ses efforts de coordination étaient affaiblis) correspondait aux effets secondaires de la drogue qu'on lui avait administrée et qui pouvait causer de l'amnésie accompagnée d'une période pendant laquelle le sujet peut se sentir capable de conduire une voiture et ne pas savoir ce qui lui arrive un moment plus tard. L'accusé a déclaré ne rien savoir sur la drogue en question.

Il a été accusé et déclaré coupable de conduire un véhicule à moteur alors que sa capacité était affaiblie par l'effet d'une drogue, en violation des dispositions de l'art. 223 du *Code criminel*. Cela fut confirmé lors d'un procès *de novo* devant un juge de Cour de comté en vertu de l'art. 720 du code. La Cour d'appel l'autorisa à

²⁰ [1962] S.C.R. 746.

²⁰ [1962] R.C.S. 746.

quashed the conviction. The Crown was granted leave to appeal to this Court on the question as to whether *mens rea* relating to both the act of driving and to the state of being impaired was an essential element of the offence.

I refer particularly to a paragraph of the reasons of Ritchie J., speaking also for the Chief Justice and for Martland J., at p. 763:

The existence of *mens rea* as an essential ingredient of an offence and the method of proving the existence of that ingredient are two different things, and I am of the opinion that when it has been proved that a driver was driving a motor vehicle while his ability to do so was impaired by alcohol or a drug, then a rebuttable presumption arises that his condition was voluntarily induced and that he is guilty of the offence created by s. 223 and must be convicted unless other evidence is adduced which raises a reasonable doubt as to whether he was, through no fault of his own, disabled when he undertook to drive and drove, from being able to appreciate and know that he was or might become impaired.

In the case at bar, such a rebuttable presumption has arisen. No evidence having been tendered by the accused, it is not possible to find that he had an honest belief amounting to a non-existence of *mens rea* and the Court of Appeal was in error in its conclusion.

The quality of respondent's conduct is not to be determined by the existence or non-existence of a binding civil agreement as to the purchase of LSD between him and the constable. That is not the test. In *Poitras v. The Queen*²¹, where the question was to determine the exact meaning of "trafficking" under the *Narcotic Control Act*, Dickson J., speaking for the majority, wrote at p. 653:

It was argued on behalf of the appellant that the words "to buy" do not appear in the definition of "trafficking" under the *Narcotic Control Act*; therefore, a mere purchaser does not traffic and an agent for the purchaser comes under the same protective umbrella. I do not agree. One cannot apply the civil law of "agency" in this context. "Agency" does not serve to make non-criminal an act which would otherwise be attended by criminal consequences. Even if the appellant could be said to be the "agent" of Constable Arsenault for the purposes of civil responsibility, his acts may, none the less, amount to trafficking in narcotics or aiding in such trafficking.

²¹ [1974] S.C.R. 649.

interjeter appel et annula la déclaration de culpabilité. La Couronne fut autorisée à se pourvoir devant cette Cour sur la question de savoir si la *mens rea* relative à la conduite de l'automobile et à l'incapacité de conduire constituait un élément essentiel de l'infraction.

Je réfère en particulier à un extrait des motifs du juge Ritchie qui parlait aussi au nom du Juge en chef et du juge Martland à la p. 763:

[TRADUCTION] L'existence de la *mens rea* comme élément essentiel d'une infraction et le moyen pour établir l'existence d'une telle intention sont deux choses différentes et je suis d'avis que lorsqu'on prouve qu'une personne conduisait un véhicule à moteur alors que sa capacité est affaiblie par l'effet de l'alcool ou d'une drogue, il existe une présomption réfutable qu'elle s'était mise volontairement dans cet état et qu'elle est coupable de l'infraction prévue à l'art. 223 et elle doit être déclarée telle à moins de prouver au-delà du doute raisonnable qu'elle a été rendue involontairement incapable de conduire et qu'elle l'a fait sans pouvoir se rendre compte qu'elle en était ou pouvait en être incapable.

La présente affaire donne également lieu à une présomption réfutable. L'accusé n'ayant produit aucune preuve, il n'est pas possible de conclure qu'il était habité par une croyance sincère équivalant à l'absence de *mens rea* et la conclusion de la Cour d'appel est erronée.

Le comportement de l'intimé ne doit pas s'apprécier par l'existence ou l'absence d'un engagement obligatoire entre lui et l'agent de police pour l'achat de LSD. Ce n'est pas là le critère. Dans l'arrêt *Poitras c. La Reine*²¹, où il était question de définir le sens exact de «trafic» en vertu de la *Loi sur les stupéfiants*, le juge Dickson s'exprimant au nom de la majorité, dit à la p. 653:

On a soutenu pour l'appellant que le mot «acheter» ne figure pas dans la définition de «trafic» dans la *Loi sur les stupéfiants*; par conséquent, un simple acheteur ne trafique pas et un mandataire de l'acheteur s'abrite sous la même couverture. Je ne suis pas d'accord. On ne peut pas appliquer dans ce contexte les règles du droit civil concernant le «mandat». Le «mandat» ne sert pas à rendre non criminel un acte auquel s'attacheraient autrement des conséquences criminelles. Même si l'on pouvait dire que l'appellant était un «mandataire» du gendarme Arsenault pour les fins de la responsabilité civile, ses activités peuvent néanmoins équivaloir à faire

²¹ [1974] R.C.S. 649.

If, as the trial judge would seem to have found, the evidence was consistent with the accused delivering or selling or trading in drugs or offering to do so, the fact that he may have been acting as an agent for Arsenault would not exculpate him.

In my view, the result in *R. v. Custeau* was the proper one and this notwithstanding the error committed by the Court of Appeal of Ontario and underlined by the Court of Appeal of British Columbia in the case at bar, mescaline having been described as a controlled drug when it is a drug mentioned in the Regulations under the Act which cannot be sold without a prescription.

I would allow the appeal, set aside the Order of the Court of Appeal of British Columbia and restore the judgment at trial together with the sentence imposed thereat.

Appeal allowed, LASKIN C.J. and SPENCE J. dissenting.

Solicitor for the appellant: D. S. Thorson, Ottawa.

Solicitor for the respondent: K. Lowes, Vancouver.

le trafic de stupéfiants ou à aider à un tel trafic. Si, comme semblerait l'avoir conclu le juge de première instance, la preuve était compatible avec l'hypothèse que l'accusé a livré des stupéfiants ou en a vendu ou fait le commerce ou a offert de le faire, le fait qu'il ait pu agir comme mandataire d'Arsenault ne le disculpe pas.

A mon avis, la conclusion de l'arrêt *R. v. Custeau* était juste en dépit de l'erreur commise par la Cour d'appel de l'Ontario et soulignée en l'occurrence par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, la mescaline ayant été décrite comme une drogue contrôlée alors qu'il s'agissait de drogue ne pouvant être vendue sans ordonnance en vertu des règlements établis par la Loi.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'ordonnance de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et de rétablir le jugement de première instance ainsi que la peine imposée.

Pourvoi accueilli, le JUGE EN CHEF LASKIN et le JUGE SPENCE étant dissidents.

Procureur de l'appelante: D. S. Thorson, Ottawa

Procureur de l'intimé: K. Lowes, Vancouver.