

Dennis Tatwing Sit *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SIT

File No.: 21369.

1991: June 21; 1991: October 3.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Presumption of innocence — Constructive murder — Party to offence — Whether ss. 213(c) and/or 21(2) of the Criminal Code violate ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 21(2), 213(c) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d).

Criminal law — Constructive murder — Party to offence — Whether ss. 213(c) and/or 21(2) of the Criminal Code violate ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter.

The appellant was tried by a judge and jury on a charge of second degree murder. In his charge to the jury, the trial judge described three possible grounds upon which the appellant could be found guilty. First, the jury was instructed that the appellant could be found guilty of aiding and abetting an intentional killing by the combined operation of ss. 21(1) and 212(a) of the *Criminal Code*. Secondly, the jury was instructed that the appellant could be found guilty as a party to a murder by the combined operation of ss. 21(2) and 213(a) of the *Criminal Code*. Thirdly, the jury was instructed that the appellant could be found guilty as a party to a murder by the combined operation of ss. 21(2) and 213(c) of the *Criminal Code*. The trial judge clearly stated that the appellant could be found guilty of murder whether or not he knew or ought to have known that the victim's death would result in the circumstances. The charge was given before the Supreme Court's decisions in *R. v.*

Dennis Tatwing Sit *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. SIT

^b N° du greffe: 21369.

1991: 21 juin; 1991: 3 octobre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, McLachlin, Stevenson et Iacobucci.

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

^a *Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Présomption d'innocence — Meurtre par imputation — Partie à l'infraction — Les articles 213c) ou 21(2) du Code criminel violent-ils les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 21(2), 213c) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d).*

^f *Droit criminel — Meurtre par imputation — Partie à l'infraction — Les articles 213c) ou 21(2) du Code criminel violent-ils les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte?*

^g L'appelant a subi son procès devant un juge et un jury relativement à une accusation de meurtre au deuxième degré. Dans son exposé au jury, le juge du procès a mentionné trois motifs possibles permettant de déclarer l'appelant coupable. Premièrement, l'appelant pouvait être déclaré coupable d'aide et d'encouragement dans la perpétration d'un meurtre par l'application conjuguée du par. 21(1) et de l'al. 212a) du *Code criminel*. Deuxièmement, l'appelant pouvait être déclaré coupable d'avoir participé à un meurtre par l'application conjuguée du par. 21(2) et de l'al. 213a) du *Code criminel*. Troisièmement, l'appelant pouvait être déclaré coupable d'avoir participé à un meurtre par l'application conjuguée du par. 21(2) et de l'al. 213c) du *Code criminel*. Le juge du procès a clairement dit que l'appelant pouvait être déclaré coupable de meurtre qu'il ait su ou non ou aurait dû savoir que la mort de la victime résulterait dans les circonstances. L'exposé au jury était antérieur aux arrêts

Vaillancourt, R. v. Martineau, and R. v. Logan, and was appropriate at the time.

The jury found the appellant guilty on the charge of second degree murder and this verdict was upheld on appeal. The Court of Appeal held unanimously that the trial judge's instructions to the jury were inconsistent with *R. v. Vaillancourt* since they allowed the appellant to be convicted on the combined application of ss. 21(2) and 213(c) as a party to murder even if he did not have objective foresight of the death of the victim. The majority of the Court of Appeal, however, invoked the curative provisions of s. 686(1)(b)(iii) (formerly 613(1)(b)(iii)) of the *Criminal Code* in order to uphold the appellant's conviction.

The appellant appealed as of right on the question whether his conviction was properly sustained through the application of s. 686(1)(b)(iii) and with leave at large. The appellant submitted that s. 213(c) was inconsistent, both alone and in combination with s. 21(2) of the *Criminal Code*, with ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. He also submitted that this restriction could not be justified under s. 1 of the *Charter*.

Held: The appeal should be allowed. Section 213(c) of the *Criminal Code* contravenes ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and is not justified under s. 1. Section 21(2) contravenes ss. 7 and 11(d) of the *Charter* with respect to offences for which subjective foresight is a constitutional requirement in so far as it permits a party to be convicted on the basis that he or she "ought to have known" that the commission of the offence would be a probable consequence of carrying out the common purpose. This restriction of ss. 7 and 11(d) is not justified under s. 1.

In *R. v. Martineau*, it was necessary for the Court to determine the minimum degree of *mens rea* required by the *Charter* for the offence of murder in order to assess the constitutional validity of s. 213(a) of the *Criminal Code*. The determination of this minimum degree of *mens rea* was therefore the live issue before this Court. Consequently, the finding in *Martineau* that proof of subjective foresight of death is necessary in order to sustain a conviction for murder and that s. 213(a) of the *Criminal Code* violated the *Charter* since it did not embrace this requirement was the *ratio decidendi* and

de la Cour suprême *R. c. Vaillancourt, R. c. Martineau* et *R. c. Logan* et était tout à fait approprié à ce moment-là.

Le jury a déclaré l'appellant coupable relativement à l'accusation de meurtre au deuxième degré et ce verdict a été confirmé en appel. La Cour d'appel a conclu à l'unanimité que les directives du juge du procès au jury n'étaient pas conformes à l'arrêt *R. c. Vaillancourt* puisqu'elles prévoyaient que l'appellant pouvait être déclaré coupable, sur le fondement de l'application conjuguée du par. 21(2) et de l'al. 213(c), d'avoir participé au meurtre même s'il n'avait pas prévu objectivement la mort de la victime. Toutefois, la Cour d'appel, à la majorité, a invoqué les dispositions réparatrices du sous-al. 686(1)(b)(iii) (auparavant 613(1)(b)(iii)) du *Code criminel* pour confirmer la déclaration de culpabilité de l'appellant.

L'appellant a interjeté appel de plein droit sur la question de savoir si sa déclaration de culpabilité a été maintenue avec raison par l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) et de manière générale sur autorisation. L'appellant a soutenu que l'al. 213(c) était incompatible, pris tant de façon isolée que conjointement avec le par. 21(2) du *Code criminel*, avec l'art. 7 et l'al. 11(d) de la *Charte*. Il a également soutenu que cette restriction ne pouvait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli. L'alinéa 213(c) du *Code criminel* contrevient à l'art. 7 et à l'al. 11(d) de la *Charte* et n'est pas justifié en vertu de l'article premier. Le paragraphe 21(2) contrevient à l'art. 7 et à l'al. 11(d) de la *Charte* relativement aux infractions pour lesquelles la prévision subjective est une exigence constitutionnelle dans la mesure où il permet de déclarer une personne coupable sur le fondement qu'elle «aurait dû savoir» que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction. Cette restriction de l'art. 7 et de l'al. 11(d) n'est pas justifiée en vertu de l'article premier.

Dans l'arrêt *R. c. Martineau*, il était nécessaire que la Cour détermine le degré minimal de *mens rea* requis par la *Charte* relativement à l'infraction de meurtre pour évaluer la constitutionnalité de l'al. 213(a) du *Code criminel*. La détermination de ce degré minimal de *mens rea* était par conséquent la question directe présentée à notre Cour. Par conséquent, notre conclusion dans l'arrêt *Martineau* que la preuve d'une prévision subjective de la mort est nécessaire pour maintenir une déclaration de culpabilité de meurtre et que l'al. 213(a) du *Code criminel* violait la *Charte* étant donné qu'il ne comprenait

not *obiter dictum*. Similarly, since the principles of fundamental justice constitutionally require proof of subjective foresight of death in order to sustain a conviction of a principal for murder, that same degree of *mens rea* is constitutionally required to sustain the conviction of a party to the offence of murder: *R. v. Logan*.

Section 213(c) of the *Criminal Code*, as worded, violates ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and is, therefore, of no force or effect. An accused may be convicted of murder under s. 213(c) without proof beyond a reasonable doubt that he had subjective foresight of the death of his victim.

The appellant's conviction should not be sustained through the application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

Cases Cited

Applied: *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Logan*, [1990] 2 S.C.R. 731; **referred to:** *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d).

Constitution Act, 1982, s. 52(1).

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 21(1), (2), 212(a), 213(a), (c) [am. 1974-75-76, c. 93, s. 13; 1974-75-76, c. 105, s. 29; 1980-81-82-83, c. 125, s. 15].

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 229(a), 230(a), (c), 686(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1989), 47 C.C.C. (3d) 45, 31 O.A.C. 21, dismissing an appeal from conviction by O'Driscoll J. sitting with jury. Appeal allowed.

Michael Lomer and Damien R. Frost, for the appellant.

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

The judgment of the Court was delivered by

pas cette exigence constituait la *ratio decidendi* et non pas un *obiter dictum*. De même, étant donné que les principes de justice fondamentale exigent du point de vue constitutionnel la preuve d'une prévision subjective de la mort pour maintenir une déclaration de culpabilité de l'auteur d'un meurtre, ce même degré de *mens rea* est requis du point de vue constitutionnel pour maintenir la déclaration de culpabilité d'une personne ayant participé à l'infraction de meurtre: *R. c. Logan*.

L'alinéa 213(c) du *Code criminel*, tel qu'il est libellé, porte atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte* et est, par conséquent, inopérant. Un accusé peut être déclaré coupable de meurtre en vertu de l'al. 213(c) sans preuve hors de tout doute raisonnable qu'il prévoyait subjectivement la mort de sa victime.

La déclaration de culpabilité de l'appelant ne devrait pas être maintenue par l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731; **arrêt mentionné:** *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d).

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 229a),

230a), c), 686(1)(b)(iii).

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 21(1), (2), 212a), 213a), c) [mod. 1974-75-76, ch. 93, art. 13; 1974-75-76, ch. 105, art. 29; 1980-81-82-83, ch. 125, art. 15].

Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1989), 47 C.C.C. (3d) 45, 31 O.A.C. 21, qui a rejeté un appel contre une déclaration de culpabilité rendue par le juge O'Driscoll siégeant avec jury. Pourvoi accueilli.

Michael Lomer et Damien R. Frost, pour l'appelant.

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

Version française du jugement de la Cour rendu par

LAMER C.J.—This appeal involves a constitutional challenge, under ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to s. 213(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 230(c)). The appellant challenges the constitutional validity of s. 213(c) both alone and in combination with s. 21(2) of the *Criminal Code*.

The appellant was tried by a judge and jury on a charge of second degree murder. In his charge to the jury, the trial judge described three possible grounds upon which the appellant could be found guilty. First, the jury was instructed that the appellant could be found guilty of aiding and abetting an intentional killing by the combined operation of ss. 21(1) and 212(a) (now 229(a)) of the *Criminal Code*. Secondly, the jury was instructed that the appellant could be found guilty as a party to a murder by the combined operation of ss. 21(2) and 213(a) (now 230(a)) of the *Criminal Code*. Thirdly, the jury was instructed that the appellant could be found guilty as a party to a murder by the combined operation of ss. 21(2) and 213(c) of the *Criminal Code*. The trial judge clearly stated that the appellant could be found guilty of murder whether or not he knew or ought to have known that the victim's death would result in the circumstances.

The jury found the appellant guilty on the charge of second degree murder. This verdict was upheld by the Ontario Court of Appeal: (1989), 47 C.C.C. (3d) 45, 31 O.A.C. 21. The Court of Appeal held unanimously that the trial judge erred in instructing the jury that the appellant could be convicted on the combined application of ss. 21(2) and 213(c). The trial judge informed the jury that, by the operation of ss. 21(2) and 213(c), the appellant could be convicted as a party to murder even if he did not have objective foresight of the death of the victim. The Court of Appeal found, therefore, that the instructions were not consistent with the judgment of this Court in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636. (It should be noted that the Court of Appeal's judgment in this case was rendered prior to the judgment of this Court in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633.) The majority of the Court of Appeal, however, invoked the curative pro-

LE JUGE EN CHEF LAMER—Le présent pourvoi porte sur une contestation sur le plan constitutionnel de l'al. 213c) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 230c)), aux termes de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'appelant conteste la constitutionnalité de l'al. 213c) pris tant de façon isolée que conjointement avec le par. 21(2) du *Code criminel*.

L'appelant a subi son procès devant un juge et un jury relativement à une accusation de meurtre au deuxième degré. Dans son exposé au jury, le juge du procès a mentionné trois motifs possibles permettant de déclarer l'appelant coupable. Premièrement, l'appelant pouvait être déclaré coupable d'aide et d'encouragement dans la perpétration d'un meurtre par l'application conjuguée du par. 21(1) et de l'al. 212a) (maintenant 229a)) du *Code criminel*. Deuxièmement, l'appelant pouvait être déclaré coupable d'avoir participé à un meurtre par l'application conjuguée du par. 21(2) et de l'al. 213a) (maintenant 230a)) du *Code criminel*. Troisièmement, l'appelant pouvait être déclaré coupable d'avoir participé à un meurtre par l'application conjuguée du par. 21(2) et de l'al. 213c) du *Code criminel*. Le juge du procès a clairement dit que l'appelant pouvait être déclaré coupable de meurtre qu'il ait su ou non ou aurait dû savoir que la mort de la victime résulterait dans les circonstances.

Le jury a déclaré l'appelant coupable relativement à l'accusation de meurtre au deuxième degré. Le verdict a été confirmé par la Cour d'appel de l'Ontario: (1989), 47 C.C.C. (3d) 45, 31 O.A.C. 21, qui a conclu à l'unanimité que le juge du procès avait commis une erreur dans ses directives au jury lorsqu'il a dit que l'appelant pouvait être déclaré coupable sur le fondement de l'application conjuguée du par. 21(2) et de l'al. 213c). Le juge du procès a informé le jury que, par l'application du par. 21(2) et de l'al. 213c), l'appelant pouvait être déclaré coupable d'avoir participé au meurtre même s'il n'avait pas prévu objectivement la mort de la victime. Par conséquent, la Cour d'appel a conclu que les directives n'étaient pas conformes à l'arrêt de notre Cour dans *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636. (Il convient de souligner que le jugement de la Cour d'appel en l'espèce a été rendu avant l'arrêt de notre Cour dans *R. c. Martineau*, [1990]

visions of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (formerly s. 613(1)(b)(iii)), in order to uphold the appellant's conviction. In dissenting reasons, Cory J.A. (as he then was) disagreed with the majority on this point.

The appellant now appeals to this Court as of right on the question whether his conviction was properly sustained through the application of s. 686(1)(b)(iii) and with leave at large. He requests a new trial on the grounds that the trial judge erred in instructing the jury that the combined application of ss. 21(2) and 213(a) or ss. 21(2) and 213(c) could provide the bases for a conviction for second degree murder. He argues that a conviction for murder will not lie in the absence of proof beyond a reasonable doubt that an accused had subjective foresight of the death of his or her victim. An accused, in his opinion, may only be convicted of murder if the trier of fact is satisfied that the accused intended to cause the death of an individual or knew that the death of that individual would be the likely result of his conduct. Similarly, he submits that an accused may only be convicted as a party to murder upon proof that he or she had subjective foresight of the death of the victim. The appellant also submits that the majority of the Court of Appeal erred in applying the curative provisions of s. 686(1)(b)(iii) in this case.

The appellant relies on the judgment of this Court in *R. v. Martineau*, *supra*. *Martineau* involved a challenge to the constitutional validity of s. 213(a) of the *Criminal Code*. A majority of the Court (Dickson C.J., Lamer C.J. and Wilson, Gonthier and Cory JJ.) held that s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* requires proof that an accused had subjective foresight of the death of his or her victim before a conviction for murder can be sustained. Under s. 213(a), however, an accused could be convicted of murder whether or not he intended to kill his victim

2 R.C.S. 633.) Toutefois, la Cour d'appel, à la majorité, a invoqué les dispositions réparatrices du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (auparavant le sous-al. 613(1)(b)(iii)), pour confirmer la déclaration de culpabilité de l'appellant. Dans des motifs dissidents, le juge Cory (maintenant juge de notre Cour) a exprimé son désaccord avec la majorité sur ce point.

L'appellant se pourvoit maintenant de plein droit devant notre Cour sur la question de savoir si sa déclaration de culpabilité a été maintenue avec raison par l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) et sur autorisation pour l'ensemble. Il demande la tenue d'un nouveau procès sur le fondement que le juge du procès a commis une erreur dans ses directives au jury lorsqu'il a dit que l'application conjuguée du par. 21(2) et de l'al. 213(a) ou du par. 21(2) et de l'al. 213(c) pouvait constituer les fondements d'une déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Il soutient qu'il n'y a pas lieu de rendre une déclaration de culpabilité de meurtre à moins qu'on ne fasse la preuve hors de tout doute raisonnable de la prévision subjective par l'accusé de la mort de sa victime. À son avis, un accusé ne peut être déclaré coupable de meurtre que si le juge des faits est convaincu que l'accusé avait l'intention de causer la mort d'une personne ou savait que sa conduite était susceptible d'entraîner la mort de cette personne. De même, il soutient qu'un accusé ne peut être déclaré coupable d'avoir participé à un meurtre que si l'on démontre une prévision subjective par l'accusé de la mort de sa victime. L'appellant soutient également que la Cour d'appel, à la majorité, a commis une erreur lorsqu'elle a appliqué les dispositions réparatrices du sous-al. 686(1)(b)(iii) en l'espèce.

L'appellant se fonde sur l'arrêt de notre Cour *R. c. Martineau*, précité, qui porte sur une contestation de la constitutionnalité de l'al. 213(a) du *Code criminel*. La Cour, à la majorité, (le juge en chef Dickson, le juge en chef Lamer et les juges Wilson, Gonthier et Cory) a conclu que l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* exige la preuve d'une prévision subjective par l'accusé de la mort de sa victime avant qu'une déclaration de culpabilité de meurtre puisse être maintenue. Toutefois, aux termes de l'al. 213(a), un accusé peut être déclaré coupable de meurtre peu

or knew that death was a likely result of his conduct. The provision thus violated ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and was declared to be of no force or effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act*, 1982.

The respondent argued before this Court that the finding of the majority in *Martineau* that subjective foreseeability of death is the minimum constitutional *mens rea* requirement for murder is *obiter dictum*. The respondent emphasized that, under s. 213(a) of the *Code*, an accused could be convicted of murder in the absence of proof that he had objective foresight of the death of his victim. Section 213(a), therefore, could have been found to violate ss. 7 and 11(d) of the *Charter* on the basis that the provision did not require objective foresight of death as an essential element of the offence. In this light, our findings regarding subjective foresight of death were arguably unnecessary to the resolution of the case.

In my opinion, a correct reading of *Martineau* does not support the respondent's submission. In *Martineau*, as I noted above, this Court was asked to pronounce on the constitutional validity of s. 213(a) of the *Criminal Code*. To answer this question, it was necessary to determine the minimum degree of *mens rea* required by the *Charter* for the offence of murder. The determination of this minimum constitutional *mens rea* requirement was therefore the live issue before this Court. Consequently, our finding in *Martineau*, that proof of subjective foresight of death is necessary in order to sustain a conviction for murder and that s. 213(a) of the *Criminal Code* violated the *Charter* since it did not embrace this requirement, was not *obiter dictum*. This finding was the *ratio decidendi* of the decision.

Similarly, it was held by this Court in *R. v. Logan*, [1990] 2 S.C.R. 731, that when the principles of fundamental justice constitutionally require, under s. 7 of the *Charter*, that there be a minimum degree of *mens rea* for conviction of a particular offence to be sus-

importe s'il avait ou non l'intention de tuer sa victime ou s'il savait que sa conduite était susceptible de causer la mort. Par conséquent, la disposition violait l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* et a été déclarée inopérante en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

L'intimée a soutenu devant notre Cour que la conclusion de la majorité dans l'arrêt *Martineau*, selon laquelle la prévision subjective de la mort constitue la *mens rea* minimale requise du point de vue constitutionnel pour qu'il y ait meurtre, est une opinion incidente. L'intimée a souligné que, aux termes de l'al. 213a) du *Code*, un accusé pouvait être déclaré coupable de meurtre en l'absence de preuve de prévisibilité objective de sa part de la mort de sa victime. Par conséquent, on aurait pu conclure que l'al. 213a) violait l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* sur le fondement que la disposition n'exigeait pas la prévisibilité objective de la mort à titre d'élément essentiel de l'infraction. Dans ce contexte, on peut soutenir que nos conclusions concernant la prévision subjective de la mort n'étaient pas nécessaires pour régler l'affaire.

À mon avis, si l'on interprète bien l'arrêt *Martineau*, l'argument de l'intimée échoue. Dans l'arrêt *Martineau*, comme je l'ai mentionné précédemment, on a demandé à notre Cour de se prononcer sur la constitutionnalité de l'al. 213a) du *Code criminel*. Pour répondre à cette question, il était nécessaire de déterminer le degré minimal de *mens rea* requis par la *Charte* relativement à l'infraction de meurtre. La détermination de cette *mens rea* minimale requise du point de vue constitutionnel était par conséquent la question directe présentée à notre Cour. Par conséquent, notre conclusion dans l'arrêt *Martineau* que la preuve d'une prévision subjective de la mort est nécessaire pour maintenir une déclaration de culpabilité de meurtre et que l'al. 213a) du *Code criminel* violait la *Charte* étant donné qu'il ne comprenait pas cette exigence ne constituait pas un *obiter dictum*. Cette conclusion constituait la *ratio decidendi* de l'arrêt.

De même, notre Cour a conclu dans l'arrêt *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731, que lorsque les principes de justice fondamentale exigent du point de vue constitutionnel, aux termes de l'art. 7 de la *Charte*, qu'il y ait un degré minimal de *mens rea* pour maintenir une

tained, the same minimum degree of *mens rea* is constitutionally required for an accused to be convicted under s. 21(2) as a party to that offence. Since the principles of fundamental justice constitutionally require proof of subjective foresight of death in order to sustain a conviction of a principal for murder, that same degree of *mens rea* is constitutionally required to sustain the conviction of a party to the offence of murder.

An accused may be convicted of murder under s. 213(c) without proof beyond a reasonable doubt that he had subjective foresight of the death of his victim. Accordingly, s. 213(c), as worded, infringes the rights guaranteed by ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. The provision cannot be saved by s. 1 of the *Charter*: see *Martineau*, *supra*, at p. 647, and *Logan*, *supra*, at pp. 745-47. Section 213(c) is therefore of no force or effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. The trial judge's charge to the jury was incorrect in law since the jury was instructed that the appellant could be convicted as a party to murder, on the combined application of ss. 21(2) and 213(a) or ss. 21(2) and 213(c), in the absence of proof that the appellant had subjective foresight of the death of the victim. I note, however, that his charge to the jury was entirely appropriate at the time since it was rendered prior to the decisions of this Court in *Vaillancourt*, *Martineau* and *Logan*, *supra*.

I agree with the dissenting reasons of Cory J.A. in the Court of Appeal that the appellant's conviction should not be sustained through the application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

Consequently, I would allow the appeal and order a new trial. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 213(c) of the *Criminal Code* [now s. 230(c)] contravene the rights and freedoms guaranteed by

déclaration de culpabilité à l'égard d'une infraction en particulier, le même degré minimal de *mens rea* est requis du point de vue constitutionnel à l'égard d'un accusé pour qu'il soit déclaré coupable, aux termes du par. 21(2), d'avoir participé à cette infraction. Étant donné que les principes de justice fondamentale exigent du point de vue constitutionnel la preuve d'une prévision subjective de la mort pour maintenir une déclaration de culpabilité de l'auteur d'un meurtre, ce même degré de *mens rea* est requis du point de vue constitutionnel pour maintenir la déclaration de culpabilité d'une personne ayant participé à l'infraction de meurtre.

Un accusé peut être déclaré coupable de meurtre en vertu de l'al. 213c) sans preuve hors de tout doute raisonnable qu'il prévoyait subjectivement la mort de sa victime. Par conséquent, l'al. 213c), tel qu'il est libellé, porte atteinte aux droits garantis par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*, et il ne peut pas être sauvegardé par l'article premier: voir *Martineau*, précité, à la p. 647 et *Logan*, précité, aux pp. 745 à 747. L'alinéa 213c) est donc inopérant en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'exposé du juge du procès au jury était erroné en droit étant donné que le juge a dit au jury que l'appellant pouvait être déclaré coupable d'avoir participé à un meurtre, par l'application conjuguée du par. 21(2) et de l'al. 213a) ou du par. 21(2) et de l'al. 213c), en l'absence de preuve de prévision subjective par l'appellant de la mort de la victime. Toutefois, il convient de souligner que l'exposé au jury était tout à fait approprié à ce moment-là puisqu'il était antérieur aux arrêts *Vaillancourt*, *Martineau* et *Logan*, précités, de notre Cour.

Je souscris aux motifs dissidents du juge Cory de la Cour d'appel selon lesquels la déclaration de culpabilité de l'appellant ne devrait pas être maintenue par l'application du sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'ordonner un nouveau procès et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. L'alinéa 213c) du *Code criminel* [maintenant l'al. 230c)] contrevient-il aux droits et libertés garan-

ss. 7 and/or 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is s. 213(c) of the *Criminal Code* [now s. 230(c)] justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

No.

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

Yes, s. 21(2) of the *Criminal Code* contravenes the rights and freedoms guaranteed by ss. 7 and 11(d) of the *Charter* with respect to offences for which subjective foresight is a constitutional requirement in so far as it permits a party to be convicted on the basis that he or she "ought to have known" that the commission of the offence would be a probable consequence of carrying out the common purpose.

4. If the answer to question 3 is in the affirmative, is s. 21(2) of the *Criminal Code* justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

No.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Damien R. Frost, Toronto.

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

tis par l'art. 7 ou l'al. 11d), ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'al. 213c) du *Code criminel* [maintenant l'al. 230c)] est-il justifié en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Non.

3. Le paragraphe 21(2) du *Code criminel* contrevient-il aux droits et libertés garantis par l'art. 7 ou l'al. 11d), ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui, le par. 21(2) du *Code criminel* contrevient aux droits et libertés garantis par l'art. 7 et l'al. 11(d) de la *Charte* relativement aux infractions pour lesquelles la prévision subjective est une exigence constitutionnelle dans la mesure où il permet de déclarer une personne coupable sur le fondement qu'elle «aurait dû savoir» que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction.

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

Non.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appellant: Damien R. Frost, Toronto.

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