

Daniel George MacGillivray *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MACGILLIVRAY

File No.: 23933.

Hearing and judgment: February 23, 1995.

Reasons delivered: March 30, 1995.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Criminal law — Dangerous operation of vessels — Elements of offence — Accused driving his boat through a known swimming area at considerable speed without seeing ahead — Swimmer struck by boat and fatally injured — Whether trial judge applied proper test in convicting accused — If not, whether s. 686(1)(b)(iii) of Criminal Code applicable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 249(4), 686(1)(b)(iii).

On a clear summer day, the accused drove his boat at considerable speed toward a known swimming area. As he approached, a group of swimmers waved their arms and shouted to alert the accused of the dangerous situation. The bow of the boat was up at such an angle that the accused could not see in front of the boat and there was no lookout. The boat ploughed through the group of swimmers, striking and fatally injuring one of them. The accused was charged with operating a vessel in a manner dangerous to the public contrary to s. 249(4) of the *Criminal Code*. The trial judge considered all the evidence and the circumstances and convicted the accused. The conviction was upheld by the Court of Appeal.

Held (Lamer C.J. and Sopinka, McLachlin and Major JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: The trial judge adequately described the *actus reus* of the offence as conduct which, viewed objectively, constituted a significant departure from the standard of a reasonably prudent person. There is no real

Daniel George MacGillivray *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. MACGILLIVRAY

N° du greffe: 23933.

Audition et jugement: 23 février 1995.

Motifs déposés: 30 mars 1995.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Droit criminel — Conduite dangereuse d'un bateau — Éléments de l'infraction — Bateau conduit à haute vitesse par l'accusé dans une zone connue de baignade, alors qu'il ne voyait pas devant — Nageur heurté par le bateau et mortellement blessé — Le juge du procès a-t-il appliqué le critère approprié pour déclarer l'accusé coupable? — Sinon, l'art. 686(1)(b)(iii) du Code criminel est-il applicable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 249(4), 686(1)(b)(iii).

Par une claire journée d'été, l'accusé a conduit son bateau à haute vitesse en direction d'une zone de baignade connue. Lorsqu'il s'est dirigé vers l'endroit en question, un groupe de nageurs agitaient les bras et criaient pour sensibiliser l'accusé au danger. La proue du bateau était si élevée que l'accusé ne pouvait voir en avant du bateau et il n'y avait pas de surveillance. Le bateau s'est dirigé vers le groupe de nageurs et a heurté et mortellement blessé l'un de ceux-ci. L'accusé a été inculpé d'avoir conduit un bateau d'une façon dangereuse pour le public en contravention du par. 249(4) du *Code criminel*. Le juge du procès a examiné l'ensemble de la preuve et des circonstances et déclaré l'accusé coupable. La Cour d'appel a confirmé cette décision.

Arrêt (le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, McLachlin et Major sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci: Le juge de première instance a convenablement décrit l'*actus reus* de l'infraction comme une conduite qui, vue de façon objective, constituait un écart important par rapport à la norme que respecterait

difference between the phrase "significant departure" and the phrase "marked departure" used by this Court in *Hundal* when referring to the *actus reus*. The *mens rea* test adopted by the trial judge, however, required the Crown to prove advertent negligence. This subjective test places a stricter onus on the Crown than the modified objective test put forward by this Court in *Hundal*. The trial judge's statement at the end of his reasons that "the accused operated the boat . . . in a manner a prudent person would not" does not detract from this conclusion. When, as in this case, a trial judge sets out the legal principle and test that he intends to apply it should be assumed, in the absence of a very clear indication to the contrary, that he in fact followed that very course. Although the trial judge committed an error in law in applying a more stringent test for the *mens rea*, it is appropriate to apply s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* since no miscarriage of justice was occasioned by this error. Further there was strong, cogent and convincing evidence upon which the trial judge could base his conclusion that there was a significant or marked departure from the standard of care of a reasonable person.

Per Lamer C.J. and Sopinka, McLachlin and Major JJ. (dissenting): While, throughout his reasons, the trial judge set out a stricter test than that laid down by this Court in *Hundal*, there is uncertainty as to what test the trial judge in effect applied. He seems to have concluded, however, that the accused was guilty because he operated his boat "in a manner a prudent person would not". This is a much easier test for the Crown to meet than the test set out in *Hundal*.

Cases Cited

By Cory J.

Applied: *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867, aff'g (1991), 63 C.C.C. (3d) 214.

By Lamer C.J. (dissenting)

R. v. Hundal, [1993] 1 S.C.R. 867.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 249(4) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 36], 686(1)(b)(iii).

une personne raisonnablement prudente. Il n'y a pas de véritable différence entre l'expression «écart important» et l'expression «écart marqué» utilisée par notre Cour dans l'arrêt *Hundal* relativement à l'*actus reus*. Cependant, selon le critère de la *mens rea* adopté par le juge du procès, le ministère public devait établir que la négligence était consciente. Ce critère subjectif impose au ministère public une charge plus lourde que le critère objectif modifié formulé par notre Cour dans l'arrêt *Hundal*. L'énoncé du juge du procès à la fin de ses motifs selon lequel «l'accusé a conduit le bateau [. . .] comme ne l'aurait pas fait une personne prudente» ne va pas à l'encontre de cette conclusion. Si, comme en l'espèce, le juge du procès formule le principe de droit et la norme juridique qu'il a l'intention d'appliquer, on devrait supposer, en l'absence d'indications très claires à l'effet contraire, que c'est la voie qu'il a suivie. Bien que le juge du procès ait commis une erreur de droit en appliquant une norme plus stricte pour la *mens rea*, il convient d'appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* puisqu'aucune erreur judiciaire ne s'est produite malgré cette erreur. De plus, il y avait une preuve forte et convaincante à partir de laquelle le juge du procès pouvait conclure qu'il existait en fait un écart important ou marqué par rapport à la norme de diligence qu'observerait une personne raisonnable.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, McLachlin et Major (dissidents): Bien qu'il ait formulé tout au long de ses motifs un critère plus strict que celui qui avait été formulé par notre Cour dans l'arrêt *Hundal*, on ne sait pas exactement quel critère le juge du procès a appliqué. Cependant, il semble avoir déclaré l'accusé coupable parce qu'il avait conduit son bateau «comme ne l'aurait pas fait une personne prudente». Ce critère est, de toute évidence, beaucoup plus facile à satisfaire pour le ministère public que le critère établi dans l'arrêt *Hundal*.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêt appliqué: *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867, conf. (1991), 63 C.C.C. (3d) 214.

Citée par le juge en chef Lamer (dissident)

R. c. Hundal, [1993] 1 R.C.S. 867.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 249(4) [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 36], 686(1)(b)(iii).

Authors Cited

Shorter Oxford English Dictionary, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1990, "mark", "marked", "significant".

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1993), 126 N.S.R. (2d) 275, 352 A.P.R. 275, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of dangerous operation of a vessel contrary to s. 249(4) of the *Criminal Code*. Appeal dismissed, Lamer C.J. and Sopinka, McLachlin and Major JJ. dissenting.

Joel E. Pink, Q.C., for the appellant.

Robert C. Hagell and William Delaney, for the respondent.

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

Doctrines citées

Nouveau Petit Robert, Paris: Le Robert, 1993, «important», «marqué», «marquer».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1993), 126 N.S.R. (2d) 275, 352 A.P.R. 275, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relative à une accusation de conduite dangereuse d'un bateau en contravention du par. 249(4) du *Code criminel*. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, McLachlin et Major sont dissidents.

Joel E. Pink, c.r., pour l'appellant.

Robert C. Hagell et William Delaney, pour l'intimée.

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

¹ LAMER C.J. (dissenting) — I have had the advantage of reading the reasons of my colleague, Justice Cory. These reasons follow judgment which was handed down by the Court at the hearing dismissing the appeal. Justices Sopinka, McLachlin, Major and myself, dissenting, would have allowed the appeal.

² There is no dispute as to the facts, nor as to the issue to be determined. The dissenting judges are of the view that, in the light of the last paragraph of the trial judge's reasons, set out in Justice Cory's reasons, they are left uncertain as to what test the trial judge did in effect apply. While he did set out a stricter test throughout his reasons, he seems to us to have concluded that the accused is guilty because he operated his boat "in a manner a prudent person would not". This obviously is a much easier test for the Crown to meet than that which was set down in the majority reasons of the Court in *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867.

³ It is for this reason that we would have allowed the appeal and ordered a new trial.

LE JUGE EN CHEF LAMER (dissident) — J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Cory. Ces motifs font suite au rejet du pourvoi, que notre Cour a prononcé à l'audience. Les juges Sopinka, McLachlin, Major et moi-même étions dissidents et aurions accueilli le pourvoi.

Ni les faits ni la question en litige ne sont contestés. Vu le dernier paragraphe des motifs du juge du procès, lequel est repris dans les motifs du juge Cory, les juges dissidents estiment qu'ils ne peuvent pas savoir exactement quel critère il a appliqué. En effet, bien qu'il ait formulé un critère plus strict tout au long de ses motifs, il nous semble avoir déclaré l'accusé coupable parce qu'il avait conduit son bateau [TRADUCTION] «comme ne l'aurait pas fait une personne prudente». Ce critère est, de toute évidence, beaucoup plus facile à satisfaire pour le ministère public que celui que les juges majoritaires de notre Cour ont établi dans l'arrêt *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867.

Pour ce motif, nous aurions accueilli le pourvoi et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

The judgment of La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par

CORY J. — On a bright and sunny Saturday afternoon, the appellant drove his boat through a group of seven wildly waving, shouting young swimmers. The boat struck and fatally injured one of the young men. This appeal arises from the conviction of the appellant on a charge of dangerous operation of a vessel, under s. 249(4) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, at the time of the accident.

LE JUGE CORY — Par un beau samedi après-midi clair et ensoleillé, l'appelant a foncé avec son bateau sur un groupe de sept jeunes nageurs qui agitaient les bras et criaient frénétiquement. Le bateau a heurté un des jeunes garçons, qui a été mortellement blessé. L'appelant a interjeté appel devant notre Cour de la déclaration de culpabilité prononcée contre lui, en vertu du par. 249(4) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, relativement à une accusation de conduite dangereuse d'un bateau au moment de l'accident.

Factual Background

There was ample evidence of a cogent, and convincing nature presented to the trial judge upon which he could base his conviction of the appellant.

Les faits

Suffisamment d'éléments de preuve forts et convaincants ont été présentés au juge du procès pour lui permettre de conclure à la culpabilité de l'appellant.

The accident took place on Saturday afternoon, the 17th of August, 1991. It was a warm, clear summer day. The trial judge found that "the rocks" at Cribbons Point was then, as it had been for many years, a location which had a magnetic attraction for swimmers, divers and sunbathers. As might be expected, there were many people swimming and sunbathing at "the rocks" when the accident occurred. At that time, some 300 feet out from "the rocks", a group of seven boys was swimming back towards the shore. The appellant knew that "the rocks" was frequented by swimmers. Indeed, in the past he had been swimming there himself. On this tragic afternoon, he was cruising in his boat with members of his family. As he approached the swimming boys, the boat appeared to be bouncing or skipping in the small chop. Estimates of the speed varied with some witnesses testifying that it was fast. The seven boys waved their arms and shouted, as did those on the shore, to alert the appellant to the dangerous situation, all to no avail. The boat ploughed through the group of swimmers and the propeller struck the victim.

L'accident est survenu dans l'après-midi du 17 août 1991. C'était une journée d'été claire et chaude. Le juge du procès a conclu que «les rochers» à la pointe Cribbons constituent depuis des années un attrait pour les nageurs, les plongeurs et les personnes qui prennent des bains de soleil. Comme on pouvait s'y attendre, il y avait à cet endroit beaucoup de personnes qui nageaient et se faisaient bronzer au moment de l'accident. Il y avait alors à environ 300 pieds du rocher un groupe de sept jeunes garçons qui nageaient vers la rive. L'appelant savait que «les rochers» étaient fréquentés par des nageurs. En fait, dans le passé, il y avait lui-même nagé. Au cours du tragique après-midi, il se promenait dans son bateau en compagnie des membres de sa famille. Lorsqu'il s'est dirigé vers les garçons qui nageaient, le bateau paraissait sauter sur l'eau légèrement agitée. Les estimations de vitesse varient, certains témoins disant que le bateau allait vite. Les sept garçons agitaient les bras et criaient, de même que les personnes sur la rive, pour sensibiliser l'appelant au danger, mais sans résultat. Le bateau s'est dirigé vers le groupe de nageurs et l'hélice a heurté la victime.

7 At the time of the accident, the bow of the boat was up at such an angle that the appellant could not see in front of the boat. It was possible to have some visibility ahead by leaning over the side and looking forward. The trial judge specifically found that this was not done.

8 In an area where the appellant knew that there could be swimmers, he drove blindly ahead imperious to what was in front of him. No doubt it is important, from an historical point of view, to look back and to see where one has been. It is also pleasant to see what is on either side of a vehicle or a boat. Yet, in the operation of any vehicle, whether it be aircraft, automobile or boat, it would seem to be essential that a lookout be kept ahead in the direction in which the vehicle is moving. It really is vitally important for the driver of a vehicle or vessel to see where that vehicle or vessel is going. It cannot be said that this was only a momentary lapse of attention resulting from an inadequate lookout. In this case, there was not just an inadequate lookout but no lookout at all. Although it is not essential to the result, I cannot help observing that this evidence could well be found to demonstrate a degree of negligence that constitutes a marked departure from the standard of a reasonable person.

9 The trial judge convicted the appellant and that conviction was upheld in the Nova Scotia Court of Appeal: (1993), 126 N.S.R. (2d) 275, 352 A.P.R. 275.

Issue

10 There is but one question to be resolved on this appeal. Did the trial judge apply a test which was stricter than that laid down by this Court in *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867? If he did, then it would be appropriate to apply the provisions of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* since, although he committed an error in law, no miscarriage of justice was occasioned by it.

11 The decision in *Hundal* was an attempt to clarify the law with regard to the dangerous operation of

Au moment de l'accident, la proue du bateau était si élevée que l'appellant ne pouvait voir en avant du bateau. L'appellant aurait pu voir quelque chose en se penchant sur le côté et en regardant devant. Le juge du procès a explicitement conclu que l'appellant ne l'avait pas fait.

À un endroit où l'appellant savait qu'il pouvait y avoir des baigneurs, il a conduit aveuglément, indifférent à ce qu'il y avait devant lui. Il n'y a pas de doute qu'il est important, du point de vue historique, de regarder en arrière et de voir ce qui s'est passé. Il est également agréable de voir ce qu'il y a d'un côté et de l'autre d'un véhicule ou d'un bateau. Cependant, lorsque l'on conduit un véhicule, que ce soit un aéronef, une automobile ou un bateau, il semble essentiel de regarder devant dans la direction où se dirige le véhicule. Il faut absolument que le conducteur d'un véhicule ou d'un bateau regarde où il s'en va. On ne peut pas dire qu'il ne s'agit que d'un moment d'inattention résultant d'une mauvaise surveillance. En l'espèce, la surveillance n'a pas été mauvaise, mais bien inexistante. Même si cet élément de preuve n'est pas essentiel aux fins de la décision, je ne puis m'empêcher de faire remarquer qu'il pourrait bien établir l'existence d'un degré de négligence qui constitue un écart marqué par rapport à la norme de diligence que respecterait une personne raisonnable.

Le juge du procès a déclaré l'appellant coupable et la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a confirmé cette décision: (1993), 126 N.S.R. (2d) 275, 352 A.P.R. 275.

La question en litige

Le présent pourvoi ne soulève qu'une seule question. Le juge du procès a-t-il appliqué une norme plus stricte que celle formulée par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867? Dans l'affirmative, il conviendrait alors d'appliquer le sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*, puisqu'aucune erreur judiciaire ne s'est produite malgré l'erreur de droit commise.

L'arrêt *Hundal* tentait de clarifier le droit en matière de conduite dangereuse de véhicules. La

vehicles. The test set out in that case should be followed in the future. It was described in this way (at pp. 885 and 888):

Thus, it is clear that the basis of liability for dangerous driving is negligence. The question to be asked is not what the accused subjectively intended but rather whether, viewed objectively, the accused exercised the appropriate standard of care. It is not overly difficult to determine when a driver has fallen markedly below the acceptable standard of care. There can be no doubt that the concept of negligence is well understood and readily recognized by most Canadians. Negligent driving can be thought of as a continuum that progresses, or regresses, from momentary lack of attention giving rise to civil responsibility through careless driving under a provincial Highway Traffic Act to dangerous driving under the *Criminal Code*.

In summary, the *mens rea* for the offence of dangerous driving should be assessed objectively but in the context of all the events surrounding the incident. That approach will satisfy the dictates both of common sense and fairness. As a general rule, personal factors need not be taken into account. This flows from the licensing requirement for driving which assures that all who drive have a reasonable standard of physical health and capability, mental health and a knowledge of the reasonable standard required of all licensed drivers.

In light of the licensing requirement and the nature of driving offences, a modified objective test satisfies the constitutional minimum fault requirement for s. 233 (now s. 249) of the *Criminal Code* and is eminently well-suited to that offence.

It follows then that a trier of fact may convict if satisfied beyond a reasonable doubt that, viewed objectively, the accused was, in the words of the section, driving in a manner that was "dangerous to the public, having regard to all the circumstances, including the nature, condition and use of such place and the amount of traffic that at the time is or might reasonably be expected to be on such place". In making the assessment, the trier of fact should be satisfied that the conduct amounted to a

norme formulée dans cet arrêt doit dorénavant être appliquée. Notre Cour en donne la description suivante (aux pp. 885 et 888):

D'où il ressort clairement que c'est sur la négligence que repose un verdict de culpabilité de conduite dangereuse. La question à se poser n'est pas de savoir ce qu'a été l'intention subjective de l'accusé mais bien de savoir si, du point de vue objectif, il a satisfait à la norme appropriée de diligence. Il n'y a rien de particulièrement difficile à déterminer si un conducteur a manqué de façon palpable à la norme acceptable de diligence. Sans aucun doute, la plupart des Canadiens comprennent bien et reconnaissent facilement le concept de négligence. Or, la conduite négligente d'un véhicule automobile peut être considérée comme un continuum où l'on va de l'inattention momentanée qui entraîne la responsabilité civile, en passant par la conduite imprudente prévue au code de la route d'une province, jusqu'à la conduite dangereuse sanctionnée par le *Code criminel*.

En résumé, la *mens rea* dans le cas de l'infraction de conduite dangereuse devrait être appréciée objectivement mais dans le contexte de tous les événements entourant l'incident. Cette méthode répondra aux exigences tant du bon sens que de l'équité. Les facteurs personnels n'ont pas en règle générale à être pris en considération. C'est ce qui découle de l'obligation de se procurer un permis de conduire, obligation grâce à laquelle on peut être certain que tous les conducteurs ont un niveau raisonnable de santé et de capacités physiques et de santé mentale et qu'ils connaissent la norme raisonnable à laquelle sont assujettis tous les titulaires de permis de conduire.

Vu l'obligation de posséder un permis de conduire et compte tenu de la nature des infractions en matière de conduite automobile, un critère objectif modifié satisfait, pour ce qui est de l'art. 233 (maintenant l'art. 249) du *Code criminel*, à l'exigence constitutionnelle minimale en matière de faute et s'applique particulièrement bien à l'infraction prévue par cet article.

Il s'ensuit donc que le juge des faits peut conclure à la culpabilité s'il est convaincu hors de tout doute raisonnable que, du point de vue objectif, l'accusé, pour reprendre les termes de l'article en cause, conduisait «d'une façon dangereuse pour le public, compte tenu de toutes les circonstances y compris la nature et l'état de cet endroit, l'utilisation qui en est faite ainsi que l'intensité de la circulation à ce moment ou raisonnablement prévisible à cet endroit». En faisant l'appréciation, le

marked departure from the standard of care that a reasonable person would observe in the accused's situation.

Unfortunately, these reasons were not released until after the trial judge had rendered his decision. However, he carefully considered the reasons of the British Columbia Court of Appeal in this same case, reported at (1991), 63 C.C.C. (3d) 214. He quoted at length from the minority reasons of Lambert J.A. and stated that he adopted them with approval as to the general law in the area. His lengthy quotation from those reasons included the following from pp. 225-26:

So I consider that the decisions of the Supreme Court of Canada in *Tutton*, *Waite* and *Anderson* should be regarded as leaving the mental element of dangerous driving where it was before those cases. The Crown must prove "advertent" or "subjective" negligence or carelessness.

VI

I have concluded that at the present time the only proper course to be followed by trial courts and courts of appeal in Canada is to apply the "subjective" standard of "advertent" negligence.

The *actus reus* continues to be determined by an objective standard. Dangerous driving is driving which involves, objectively determined (that is, in the estimation of reasonably prudent people), the creation of a significant risk of danger to others by a significant departure from the standard that a reasonably prudent person, with similar basic physical and mental capacities as the accused, but not necessarily with the same propensities, would have adopted in the circumstances facing the accused. (I am setting out the *actus reus* because of the close inter-relationship between the *actus reus* and the *mens rea*. The nature of the *actus reus* was not in issue in this appeal.)

How then is the "advertent" or "subjective" element of the offence to be determined? It should be approached on the basis of the application of the concepts that underlie *mens rea* generally, namely a knowledge of the relevant facts, or wilful blindness to them, coupled with an intention to commit the prohibited act or with recklessness as to whether the prohibited act is committed: see *R. v. Sault Ste. Marie (City)* (1978), 40 C.C.C. (2d) 353 at p. 362, 85 D.L.R. (3d) 161, [1978] 2 S.C.R. 1299. And, as I have said, the prohibited act is

juge des faits doit être convaincu qu'il s'agit d'un comportement qui représentait un écart marqué par rapport à la norme de diligence que respecterait une personne raisonnable dans la situation de l'accusé.

Malheureusement, ces motifs n'ont été prononcés qu'après la décision du juge du procès. Cependant, celui-ci a soigneusement examiné les motifs de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Hundal* (1991), 63 C.C.C. (3d) 214. Il a cité un long passage des motifs minoritaires du juge Lambert et les a adoptés en les approuvant en tant que principe général du droit dans le domaine. Voici une partie de ce long extrait (tiré des pp. 225 et 226):

[TRADUCTION] À mon avis, les arrêts *Tutton*, *Waite* et *Anderson* de la Cour suprême du Canada devraient être considérés comme ne modifiant pas l'élément moral requis pour la conduite dangereuse. Le ministère public doit prouver la négligence ou l'insouciance «consciente» ou «subjective».

VI

J'ai conclu que les tribunaux de première instance et les cours d'appel au Canada n'ont aucune autre option pour le moment que d'appliquer le critère «subjectif» de la négligence «consciente».

L'*actus reus* continue d'être déterminé en fonction d'une norme objective. La conduite dangereuse est celle qui, selon un critère objectif (c.-à-d., selon ce qu'une personne raisonnablement prudente déterminerait), crée un risque important de danger pour autrui en s'écartant de façon importante de la norme qu'une personne raisonnablement prudente ayant des capacités physiques et mentales de base semblables à celles de l'accusé, mais pas nécessairement les mêmes tendances, aurait adoptée dans la situation de l'accusé. (Je présente l'*actus reus* compte tenu du lien étroit qui existe entre l'*actus reus* et la *mens rea*. On n'a pas contesté en l'espèce la nature de l'*actus reus*.)

Alors, comment l'élément «conscient» ou «subjectif» de l'infraction doit-il être déterminé? Il devrait être examiné en fonction des concepts généralement sous-jacents à la *mens rea*, soit une connaissance des faits pertinents, ou une ignorance volontaire de ces faits, conjuguée à une intention de commettre l'acte interdit ou de faire preuve d'insouciance relativement à sa perpétration: voir l'arrêt *R. c. Sault Ste. Marie (Ville de)* (1978), 40 C.C.C. (2d) 353, à la p. 362, 85 D.L.R. (3d) 161, [1978] 2 R.C.S. 1299. De plus, comme je l'ai affirmé,

the creation of a significant risk of danger to others by a significant departure from the standard of a reasonably prudent person.

The key to the mental element is either that a significant risk of danger is appreciated and the risk is intentionally or recklessly undertaken or, alternatively, that a significant risk of danger is not appreciated but it is undertaken, either because of wilful blindness to the circumstances that create the risk, or by recklessness as to the appreciation of those circumstances, or by recklessness as to the reason why those circumstances make the risk of danger a significant one that a reasonably prudent person would not take.

The trial judge concluded his reasons with this paragraph:

I have considered all the evidence and find that the accused operated the boat at a speed, with no visibility ahead, no proper lookout, in an area which he knew or ought to have known was a recreational swimming area, in a manner a prudent person would not. And by doing so caused the death of William Francis Corsten. The advertent negligence can be inferred from the conduct and driving of the accused.

The trial judge adopted the reasons of Lambert J.A. as a statement of the general law on the subject. The last paragraph of his reasons must be read in light of his earlier statement as to the law he would apply which is set out in the lengthy quotation. The test set out by Lambert J.A. would require the Crown to prove "advertent", that is to say, "subjective", negligence. This places a much heavier onus upon the Crown than the modified objective test put forward by the majority reasons of this Court in *Hundal*, *supra*. This very point was recognized in the reasons of McLachlin J., concurring in the result. Clearly, a subjective test places a far stricter onus upon the Crown than an objective test.

Lambert J.A. referred to the *actus reus* of the offence as conduct which, viewed objectively, constituted a significant departure from the standard of a reasonably prudent person. In my view, there is

l'acte interdit est la création d'un risque important de danger pour les autres s'il existe un écart important par rapport à la norme que respecterait une personne raisonnablement prudente.

L'élément moral est essentiellement le fait qu'une personne reconnaît l'existence d'un risque important de danger et l'assume de façon intentionnelle ou avec insouciance ou, subsidiairement, le fait qu'une personne n'est pas au courant de l'existence d'un risque, mais l'assume, que ce soit par ignorance volontaire des circonstances qui créent le risque, ou par insouciance quant à la connaissance de ces circonstances ou par insouciance quant au motif qui fait que ces circonstances présentent un risque important de danger qu'une personne raisonnablement prudente ne prendrait pas.

Le juge de procès a conclu ses motifs de la façon suivante:

[TRADUCTION] J'ai examiné l'ensemble de la preuve et je conclus que l'accusé a conduit le bateau à haute vitesse, sans voir devant lui, sans bien surveiller, à un endroit qu'il savait ou aurait dû savoir être une zone récréative de baignade, comme ne l'aurait pas fait une personne prudente. Il a de ce fait causé la mort de William Francis Corsten. La négligence consciente peut être inférée du comportement de l'accusé et de la façon dont il a conduit le bateau.

Le juge du procès a considéré les motifs du juge Lambert comme un énoncé des règles générales de droit applicables à la question. Il faut examiner le dernier paragraphe de ses motifs par rapport à son énoncé des règles de droit qu'il jugeait applicables et qui sont formulées dans la longue citation. Selon le critère établi par le juge Lambert, le ministère public devrait établir que la négligence était «consciente», c'est-à-dire «subjective». Cela impose au ministère public une charge beaucoup plus lourde que le critère objectif modifié formulé par notre Cour à la majorité dans l'arrêt *Hundal*, précité. C'est précisément ce point que le juge McLachlin a fait ressortir dans ses motifs concordants quant au résultat. De toute évidence, l'application d'un critère subjectif impose au ministère public une charge beaucoup plus stricte qu'un critère objectif.

Le juge Lambert a dit de l'*actus reus* de l'infraction que c'était une conduite qui, vue de façon objective, constituait un écart important par rapport à la norme que respecterait une personne rai-

no real difference between the phrase “significant departure” and the term “marked departure” used by the majority in this Court when referring to the *actus reus*. This is borne out by the dictionary definitions of the terms. The *Shorter Oxford English Dictionary* (3rd ed. 1990) includes these pertinent definitions of the words “mark”, “marked” and “significant”:

Mark I. To put a mark upon. . . . [4] **b.** To separate from something else as by a line or distinctive mark. . . . 6. In immaterial sense: **a.** To make perceptible by some indication. **b.** To manifest (one’s approval, displeasure, etc.) by some act, or by reward or punishment.

Marked . . . 3. Easy to distinguish or recognize.

Significant 1. Full of meaning or import. **b.** Important, notable.

14 It is of course preferable to make use of the words employed by this Court in *Hundal* to describe the test. However, if a truly synonymous term is used it should not be considered a ground for complaint. It follows then that the trial judge did indeed apply a stricter test than that set out in the reasons of this Court in *Hundal*.

15 Nor in my view, does the last paragraph of his reasons detract from this conclusion. It must be remembered that this is not a charge to a jury but the reasons of a judge sitting alone. They should not be scrutinized with the same intensity as a jury charge, where the appellate courts must make certain that the words set out in the instructions to the jury are not only correct but, as well, not likely to mislead the jury. Here, the trial judge set out the general law and the test by which he would be guided. The fact that he did not specifically repeat it in his last paragraph cannot be taken as detracting from his stated intention. If a trial judge sets out the legal principle and test that he intends to apply, it should be assumed, in the absence of a very clear indication to the contrary, that he in fact followed that very course. To come to any other conclusion would I think be unfair to trial judges.

sonnablement prudente. À mon avis, il n’y a pas de véritable différence entre l’expression «écart important» et l’expression «écart marqué» utilisée par notre Cour à la majorité relativement à l’*actus reus*. Ce fait est confirmé par les définitions que le dictionnaire donne à ces termes. Le *Nouveau Petit Robert* (1993) donne notamment les définitions suivantes aux termes «important», «marqué» et «marquer»:

IMPORTANT I. (choses) 1. Qui importe; qui a beaucoup d’intérêt, de grandes conséquences. ⇒ [. . .] **capital, crucial, essentiel, vital.**

MARQUÉ [. . .] 3. abstrait ⇒ **net, prononcé.**

MARQUER I. A. 1. Distinguer, rendre reconnaissable (une personne, une chose parmi d’autres) au moyen d’une marque, d’un repère [. . .] 7. Rendre sensible ou plus sensible; accentuer, souligner.

Il va sans dire qu’il est préférable d’utiliser les termes employés par notre Cour dans l’arrêt *Hundal* pour décrire la norme. Toutefois, si un terme vraiment synonyme est utilisé, il ne devrait pas constituer un motif de plainte. Il s’ensuit que le juge du procès a en fait appliqué une norme plus stricte que celle que notre Cour a formulé dans l’arrêt *Hundal*.

Le dernier paragraphe des motifs du juge du procès ne change pas non plus ma conclusion. Il faut se rappeler qu’il ne s’agit pas de directives au jury, mais des motifs d’un juge seul. Ces motifs ne devraient pas être examinés avec la même rigueur que les directives données à un jury, auquel cas une cour d’appel doit s’assurer que les termes utilisés sont non seulement corrects, mais aussi de nature à ne pas induire le jury en erreur. En l’espèce, le juge du procès a énoncé les règles générales du droit et la norme qu’il appliquerait. Le fait qu’il ne les a pas explicitement répétés au dernier paragraphe ne peut vouloir dire qu’il a changé d’avis. Si le juge du procès formule le principe de droit et la norme juridique qu’il a l’intention d’appliquer, on devrait supposer, en l’absence d’indications très claires à l’effet contraire, que c’est la voie qu’il a suivie. Toute autre conclusion serait à mon avis inéquitable pour les juges du procès.

I am satisfied that the trial judge applied a stricter test for finding guilt on a charge of dangerous driving or operation of a vessel than that set out by this Court in *Hundal*, *supra*. Further, there was strong, cogent and convincing evidence upon which he could base his conclusion that there was indeed a significant or marked departure from the standard of care of a reasonable person. As a result, it is appropriate to apply the provisions of s. 686(1)(b)(iii) of the *Code* and conclude that despite the error in law no substantial wrong or miscarriage was occasioned by it. The appeal should therefore be dismissed.

Appeal dismissed, LAMER C.J. and SOPINKA, McLACHLIN and MAJOR JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Pink Murray, Halifax.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Je suis convaincu que le juge du procès a appliqué une norme plus stricte que celle formulée par notre Cour dans l'arrêt *Hundal*, précité, lorsqu'il a conclu à la culpabilité de l'appelant relativement à une accusation de conduite dangereuse d'un bateau. De plus, il y avait une preuve forte et convaincante à partir de laquelle il pouvait conclure qu'il existait en fait un écart important ou marqué par rapport à la norme de diligence qu'observerait une personne raisonnable. C'est pourquoi il convient d'appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code* et de conclure qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit malgré l'erreur de droit. Le pourvoi est en conséquence rejeté.

Pourvoi rejeté, le juge en chef LAMER et les juges SOPINKA, McLACHLIN et MAJOR sont dissidents.

Procureurs de l'appelant: Pink Murray, Halifax.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.