

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Roderick Russell Martineau *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba and the Attorney General of British Columbia *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. MARTINEAU

File No.: 21122.

1990: March 26; 1990: September 13.

Present: Dickson C.J.* and Lamer C.J.** and Wilson, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Constructive murder — Whether s. 213(a) of the Criminal Code violates 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, s. 213(a), (d) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d).

Criminal law — Constructive murder — Whether s. 213(a) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter.

Martineau and a friend, Tremblay, set out armed knowing that they were going to commit a crime; Martineau testified that he thought it would only be a break and enter. Tremblay shot and killed two people after robbing them and their house. Martineau allegedly said or thought, after he heard the shot which killed the first victim, "Lady, say your prayers". As they left, Martineau asked Tremblay why he killed them and Tremblay answered, "They saw our faces". Martineau responded, "But they couldn't see mine 'cause I had a mask on".

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Roderick Russell Martineau *Intimé*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba et le procureur général de la Colombie-Britannique *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. C. MARTINEAU

c
Nº du greffe: 21122.

1990: 26 mars; 1990: 13 septembre.

d
Présents: Le juge en chef Dickson*, le juge en chef Lamer** et les juges Wilson, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Cory.

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

e
Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Meurtre par imputation — L'article 213a) du Code criminel viole-t-il 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. 213a), d) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d).

g
Droit criminel — Meurtre par imputation — L'article 213a) du Code criminel viole-t-il 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?

i
Martineau et un ami nommé Tremblay sont sortis armés, sachant qu'ils allaient commettre un crime; Martineau a témoigné qu'il croyait que ce ne serait qu'une introduction par effraction. Tremblay a tiré des coups de feu qui ont tué deux personnes après les avoir dévalisées elles et leur maison. Après avoir entendu le coup de feu qui a tué la première victime, Martineau aurait dit ou pensé «Madame, faites vos prières». Au moment où ils quittaient la maison, Martineau a demandé à Tremblay pourquoi il les avait tuées et Tremblay a répondu: «Ils nous ont vu le visage». Martineau a répondu: «Mais ils n'ont pas pu voir le mien parce que je portais un masque».

* Chief Justice at the time of hearing.

** Chief Justice at the time of judgment.

* Juge en chef à la date de l'audition.

** Juge en chef à la date du jugement.

Respondent was convicted of second degree murder. The trial judge charged the jury on s. 213(a) and (d) and on s. 21(1) and (2) of the *Criminal Code*. The Court of Appeal held that s. 213(a) was inconsistent with ss. 7 and 11(d) of the *Charter* for reasons given in *R. v. Vaillancourt* and that it was not saved by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Court could not conclude that a conviction should be entered pursuant to s. 613(1)(b)(iii) of the *Code* because the jury had not been instructed on any portion of s. 212.

The constitutional questions queried whether s. 213(a) of the *Criminal Code* infringed s. 7 and/or s. 11(d) of the *Charter*, and if so, whether or not it was justified by s. 1.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be dismissed. Section 213(a) of the *Criminal Code* infringes both ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and is not justified by s. 1.

Per Dickson C.J. and Lamer C.J. and Wilson, Gonthier and Cory JJ.: The principles of fundamental justice require that a conviction for murder be based upon proof beyond a reasonable doubt of subjective foresight of death. This appeal was disposed of on the basis of the principle of subjective foresight of death, even though it could have been disposed of on the basis of objective foreseeability.

The introductory paragraph of s. 213(a) expressly removes the Crown's burden of proving beyond a reasonable doubt that the accused had subjective foresight of death. This section is an anomaly as regards the other murder provisions, especially in light of the common law presumption against convicting a person of a true crime without proof of intent or recklessness. In a free and democratic society that values the autonomy and free will of the individual, the stigma and punishment attaching to murder should be reserved for those who choose intentionally to cause death or who choose to inflict bodily harm knowing that it is likely to cause death. Requiring subjective foresight of death in the context of murder maintains a proportionality between the stigma and punishment attached to a murder conviction and the moral blameworthiness of the offender.

A special mental element with respect to death is necessary before a culpable homicide can be treated as murder and gives rise to the moral blameworthiness that justifies the stigma and punishment attaching to a

L'intimé a été reconnu coupable de meurtre au deuxième degré. Le juge du procès a donné au jury des directives sur les al. 213(a) et d) et sur les par. 21(1) et (2) du *Code criminel*. Pour les motifs énoncés dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, la Cour d'appel a statué que l'al. 213(a) était incompatible avec l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'il n'était pas sauvegardé par l'article premier de la *Charte*. La Cour n'a pu conclure qu'il fallait inscrire une déclaration de culpabilité en application du sous-al. 613(1)b)(iii) du *Code* puisque le jury n'avait reçu de directive sur aucune partie de l'art. 212.

Les questions constitutionnelles sont de savoir si l'al. 213(a) du *Code criminel* porte atteinte à l'art. 7 ou à l'al. 11d) de la *Charte*, ou les deux à la fois, et, dans l'affirmative, s'il est justifié par l'article premier.

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est rejeté. L'alinéa 213a) du *Code criminel* porte atteinte à la fois à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte* et il n'est pas justifié par l'article premier.

Le juge en chef Dickson, *le juge en chef* Lamer et les juges Wilson, Gonthier et Cory: Les principes de justice fondamentale exigent qu'une déclaration de culpabilité de meurtre se fonde sur la preuve hors de tout doute raisonnable d'une prévision subjective de la mort. Le présent pourvoi est tranché en fonction du principe de la prévision subjective de la mort, même s'il aurait pu être tranché en fonction de la prévisibilité objective.

Le paragraphe introductif de l'al. 213a) dégage expressément le ministère public de l'obligation de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé prévoyait subjectivement la mort. Cet article représente une anomalie par rapport aux autres dispositions relatives au meurtre, compte tenu particulièrement de la présomption de common law qui interdit de déclarer une personne coupable d'un crime réel sans preuve d'intention ou d'insouciance. Dans une société libre et démocratique qui attache de l'importance à l'autonomie et au libre arbitre de l'individu, les stigmates et la peine rattachés au meurtre devraient être réservés à ceux qui ont choisi de causer intentionnellement la mort ou d'infliger des lésions corporelles dont ils savaient qu'elles étaient susceptibles de causer la mort. L'exigence d'une prévision subjective de la mort dans le contexte d'un meurtre a pour effet de maintenir une proportionnalité entre les stigmates et la peine rattachés à une déclaration de culpabilité de meurtre et la culpabilité morale du contrevenant.

Un élément moral spécial concernant la mort est nécessaire pour qu'on puisse considérer un homicide coupable comme un meurtre et cet élément moral spécial amène la culpabilité morale qui justifie les stigmates

murder conviction. It is a principle of fundamental justice that a conviction for murder cannot rest on anything less than proof beyond a reasonable doubt of subjective foresight of death. Section 213 of the *Code* expressly eliminates the requirement for proof of subjective foresight and therefore infringes ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

The objective of deterring the infliction of bodily harm during the commission of certain offences because of the increased risk of death is sufficiently important to warrant overriding a *Charter* right. The section, however, unduly impairs *Charter* rights because it is not necessary to convict of murder persons who do not intend or foresee the death in order to achieve this objective.

Since subjective foresight of death must be proven beyond a reasonable doubt before a conviction for murder can be sustained, the phrase "ought to know is likely to cause death" in s. 212(c) of the *Code* probably infringes ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. Section 212(c) would not likely be saved by s. 1.

Per Sopinka J.: The issue of subjective foresight of death should be addressed only if it is necessary to do so in order to decide this case or if there is an overriding reason making it desirable to do so. Overbroad statements of principle are inimical to the tradition of incremental development of the common law. Here, ruling on the issue of subjective foresight was not necessary for the disposition of this case because *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, applied. Since objective foreseeability of death is a constitutional minimum for the definition of murder, the conclusion must follow that s. 213(a) does not meet this constitutional minimum. This section places a restriction on s. 7 of the *Charter* by permitting a person to be convicted of murder without proof beyond a reasonable doubt of objective foreseeability of death, or of an equivalent substitute requirement, and cannot be saved by s. 1 for the reasons expressed by Lamer J., as he then was, in *Vaillancourt* and in the case at bar.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Section 213(a) does not offend the principles of fundamental justice and accordingly does not violate ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

et la peine rattachés à une déclaration de culpabilité de meurtre. C'est un principe de justice fondamentale qu'une déclaration de culpabilité de meurtre ne saurait reposer sur rien de moins qu'une preuve hors de tout doute raisonnable d'une prévision subjective de la mort. L'article 213 du *Code* élimine expressément l'exigence d'une preuve de prévision subjective et il porte donc atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*.

L'objectif de dissuader d'infliger des lésions corporelles pendant la perpétration de certaines infractions à cause du risque accru de causer la mort est suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la *Charte*. L'article porte indûment atteinte aux droits reconnus par la *Charte* parce qu'il n'est pas nécessaire, pour atteindre cet objectif, de reconnaître coupables de meurtre des personnes qui ne veulent pas ou ne prévoient pas causer la mort.

Puisque la prévision subjective de la mort doit être prouvée hors de tout doute raisonnable pour qu'une déclaration de culpabilité de meurtre puisse être maintenue, les mots «devrait savoir, de nature à causer la mort» à l'al. 212c) du *Code*, portent probablement atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*. Il est peu probable que cet alinéa puisse être sauvegardé par l'article premier.

Le juge Sopinka: Il n'y a lieu d'aborder la question de la prévision subjective de la mort que s'il est nécessaire de le faire pour trancher la présente affaire ou s'il existe un motif impératif de le faire. Les déclarations de principe trop générales sont contraires à la tradition de développement progressif de la common law. La décision de l'espèce n'exige pas que l'on tranche la question de la prévision subjective car l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, s'applique. Puisque la prévisibilité objective de la mort est l'exigence constitutionnelle minimale de la définition du meurtre, il faut en déduire que l'al. 213a) ne satisfait pas à cette exigence constitutionnelle minimale. Cet alinéa apporte une restriction à l'art. 7 de la *Charte* en faisant en sorte qu'une personne puisse être déclarée coupable de meurtre sans preuve hors de tout doute raisonnable de la prévisibilité objective de la mort, ou d'une exigence de remplacement équivalente, et il ne peut être sauvegardé par l'article premier pour les motifs exposés par le juge Lamer (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Vaillancourt* et en l'espèce.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): L'alinéa 213a) ne contrevient pas aux principes de justice fondamentale et ne viole donc ni l'art. 7 ni l'al. 11d) de la *Charte*.

Neither the subjective foresight of death test nor the objective foreseeability test violate the principle of fundamental justice. It has been decided in a number of cases, including *R. v. Vaillancourt*, that subjective foresight of death is not the exclusive standard for murder and no other common law jurisdiction has adopted that standard as the exclusive standard for murder. Significant policy considerations favour upholding the existing legislation.

The invocation of s. 213(a) may not have been necessary in the instant case. The statement, "Lady, say your prayers", whether it was actually said or thought, reflected a mental state of mind sufficient to anchor a charge under s. 212(a) which is the only truly subjective foresight murder provision of the *Criminal Code*.

The tests of subjective foresight and objective foreseeability are not static or distinct concepts and are not mutually exclusive. In most instances, and certainly those delineated by s. 213(a), death will be both objectively and subjectively foreseeable. The two are profoundly interrelated, especially when dealing with a crime committed during the execution of a predicate crime. The validity of a provision should not be evaluated on a strict "either-or" approach. A fastidious adherence to prescribed labels becomes particularly obdurate when gauging the constitutionality of legislation.

Vaillancourt settled only two legal questions. First, it established a standard of objective foreseeability of death for the crime of murder. Second, it only disposed of s. 213(d) of the *Criminal Code*.

The legislature, rather than simply eliminating any need to prove the essential element, may substitute proof of a different element. This will be constitutionally valid only if, upon proof beyond reasonable doubt of the substituted element, it would be unreasonable for the trier of fact not to be satisfied beyond reasonable doubt of the existence of the essential element. Section 213(d) could not meet that test; s. 213(a) does. Section 213(a) is completely different in its historical development in its consistency with the objective foreseeability of death test established in *R. v. Vaillancourt* and in the parallel provisions adopted in other common law jurisdictions.

Ni le critère de la prévision subjective de la mort, ni celui de la prévisibilité objective ne portent atteinte aux principes de justice fondamentale. Il a été statué dans un certain nombre d'arrêts, dont l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, que la prévision subjective de la mort n'est pas la seule norme applicable au meurtre et aucun autre pays de common law n'a adopté cette norme comme la seule applicable au meurtre. Il existe d'importantes considérations de principe qui militent en faveur de la confirmation de la validité des dispositions législatives existantes.

Le recours à l'al. 213a) pouvait ne pas être nécessaire en l'espèce. Peu importe que la phrase «Madame, faites vos prières» ait été réellement dite ou seulement pensée, elle reflète un état d'esprit suffisant pour justifier une accusation en vertu l'al. 212a), la seule disposition en matière de meurtre du *Code criminel* qui porte sur la prévision subjective de la mort.

Les critères de prévision subjective et de prévisibilité objective ne sont pas des concepts immuables ou distincts et ils ne sont pas mutuellement exclusifs. Dans la plupart des cas, et certainement dans les circonstances exposées à l'al. 213a), la mort est à la fois objectivement et subjectivement prévisible. Il existe une corrélation profonde entre les deux, surtout lorsqu'il s'agit d'un crime commis pendant la perpétration d'un des actes criminels énumérés. La validité d'une disposition n'est pas fonction d'une analyse strictement dichotomique. L'adhésion scrupuleuse à des étiquettes stéréotypées s'avère trop inflexible lorsqu'il s'agit de juger de la constitutionnalité d'une mesure législative.

L'arrêt *Vaillancourt* n'a réglé que deux questions de droit. Premièrement, cet arrêt établit une norme de prévisibilité objective de la mort, applicable au crime de meurtre. Deuxièmement, la Cour n'y statue que sur l'al. 213d) du *Code criminel*.

Au lieu d'éliminer simplement la nécessité de faire la preuve d'un élément essentiel, le législateur peut remplacer cela par la preuve d'un élément différent. Cela ne sera constitutionnel que si, après que l'on a prouvé hors de tout doute raisonnable l'existence de l'élément ainsi substitué, il serait déraisonnable que le juge des faits ne soit pas convaincu hors de tout doute raisonnable de l'existence de l'élément essentiel. L'alinéa 213d) ne pouvait pas satisfaire à ce critère. L'alinéa 213a), lui, y satisfait. L'alinéa 213a) est complètement différent tant sur le plan de son évolution historique et de sa compatibilité avec le critère de la prévisibilité objective de mort établi dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, que sur celui des dispositions semblables adoptées dans d'autres pays de common law.

An exacting combination of factors must be proven, all beyond a reasonable doubt, before the accused can be found guilty of murder under s. 213(a). The offender must: (1) cause the death by committing a "culpable homicide"; (2) cause the death while committing or attempting to commit one of a limited number of very serious, inherently dangerous and specific intent crimes; (3) intentionally inflict bodily harm while committing one of these offences; (4) inflict the bodily harm purposefully in order to perpetrate the underlying crime or to facilitate escape; and (5) the death must ensue from the bodily harm intentionally inflicted.

No *Charter* violation of ss. 7 or 11(d) takes place if the test of objective foreseeability has been met. The accused must specifically intend to, and actually commit the underlying offence, and must specifically intend to, and actually inflict bodily harm. The law necessitates conclusive proof beyond a reasonable doubt of factors that are collectively tantamount to an objective foreseeability requirement. The inexorable conclusion is that the resulting death is objectively foreseeable. Neither the presumption of innocence nor the other reference provisions which give content and scope to s. 7 are impugned.

How harm or injury is to be defined and what level of harm or injury is required are matters for Parliament to consider and decide. Many factors enter into the determination of an appropriate penalty for a particular offence; the degree of blameworthiness is only one. So long as Parliament does not act irrationally or arbitrarily or in a manner otherwise inconsistent with the fundamental principles of justice, its choice must be upheld.

Concentration on social "stigma" is overemphasized, and in the great majority of cases, completely inapplicable. The "stigma" and punishment attached to murder need not be proportionate to the *mens rea* alone. Rather they must correspond to the combination of the physical and mental elements that collectively define a murder.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Considered: *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; **referred to:** *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R.

La preuve hors de tout doute raisonnable de toute une combinaison astreignante de facteurs doit être apportée pour que l'accusé puisse être déclaré coupable de meurtre en vertu de l'al. 213a). L'accusé doit: (1) causer la mort par la perpétration d'un «homicide coupable», (2) causer la mort pendant qu'il commet ou tente de commettre l'un des crimes très graves, dont le nombre est limité, mais qui sont fondamentalement dangereux et exigent une intention spécifique, (3) infliger intentionnellement des lésions corporelles pendant qu'il commet l'un de ces crimes, (4) infliger intentionnellement des lésions corporelles dans le but de perpétrer le crime sous-jacent ou pour faciliter sa fuite, et (5) la mort doit résulter des lésions corporelles infligées intentionnellement.

Il n'y a pas de violation de l'art. 7 ou de l'al. 11d) de la *Charte* si on satisfait au critère de prévisibilité objective. L'accusé doit avoir eu expressément l'intention de commettre l'infraction sous-jacente et l'avoir effectivement commise, et il doit avoir eu expressément l'intention d'infliger des lésions corporelles et les avoir réellement infligées. La loi exige la preuve concluante hors de tout doute raisonnable de facteurs qui, dans l'ensemble, équivalent à une exigence de prévisibilité objective. Il en découle inexorablement que la mort qui en résulte est objectivement prévisible. Ni la présomption d'innocence, ni les autres dispositions citées qui définissent le sens et la portée de l'art. 7 ne sont contestées.

Ce en quoi les lésions ou blessures doivent consister et leur degré requis de gravité relèvent de la décision du Parlement. De nombreux facteurs entrent dans la détermination d'une peine appropriée à une infraction donnée; le degré de culpabilité morale n'est qu'un de ceux-ci. Tant que le Parlement n'agit pas d'une manière irrationnelle ou arbitraire ou d'une manière par ailleurs incompatible avec les principes de justice fondamentale, son choix doit être respecté.

L'insistance sur les «stigmates» sociaux est exagérée et, dans la plupart des cas, complètement inapplicable. Les «stigmates» et la peine rattachés au meurtre n'ont pas à être proportionnés à la seule *mens rea*. Ils doivent plutôt correspondre à une combinaison d'éléments physiques et moraux qui pris ensemble définissent le meurtre.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt examiné: *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; **arrêts mentionnés:** *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Sault Ste-Marie*,

1299; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369.

By Sopinka J.

Applied: *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Rodney, [1990] 2 S.C.R. 687; *R. v. Logan*, [1990] 2 S.C.R. 731; *R. v. Arkell*, [1990] 2 S.C.R. 695, aff'g (1988), 43 C.C.C. (3d) 402; *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Munro and Munro* (1983), 8 C.C.C. (3d) 260; *R. v. Hughes* (1942), 78 C.C.C. 257; *R. v. Ashman* (1858), 1 F. & F. 88, 175 E.R. 638; *R. v. Archibald* (1898), 4 C.C.C. 159; *R. v. Bottrell* (1981), 60 C.C.C. (2d) 211; *R. v. Marshall* (1987), 26 A. Crim. R. 259; *R. v. Van Beelen* (1973), 4 S.A.S.R. 353; *Tison v. Arizona*, 107 S.Ct. 1676 (1987); *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976); *People v. Rose*, 227 Cal. Rep. 570 (1986); *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Guiller*, Ont. Dist. Ct., Sept. 23, 1985, unreported.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d).
Crimes Act (New South Wales), s. 18.
Crimes Act 1958 (Victoria).
Crimes Act 1961, 1961 (N.Z.), No. 43, s. 168.
Crimes (Classification of Offences) Act 1981, No. 9576, 1981 (Victoria), s. 3.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 21(1), (2), 205(5)(a), 212(a), (c), 213(a), (b), (c), (d), 214(5), 245.1(2), 613(1)(b)(iii).
Criminal Code, 1913, 1913 (Western Australia), ss. 278, 279.
Criminal Code Act, 1899 (Queensland), 63 Vic., No. 9, s. 302.
Criminal Code Act, 1924 (Tasmania), 14 Geo. V, No. 69, s. 157.
Homicide Act, 1957 (U.K.), 5 & 6 Eliz. 2, c. 11.

Authors Cited

Archbold, John Frederick. *Pleading and Evidence*. London: R. Pheney and R. Millikin, 1822.
Ashworth, A. J. "The Elasticity of *Mens Rea*," in C. F. H. Trapper, ed., *Crime, Proof and Punishment*. London: Butterworths, 1981.
Canada. Senate. Standing Committee on Banking and Commerce. *Proceedings of the Standing Committee on Banking and Commerce*. Ottawa: Queen's Printer, 1961.

[1978] 2 R.C.S. 1299; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369.

Citée par le juge Sopinka

^a **Arrêt appliqué:** *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

^b *R. c. Rodney*, [1990] 2 R.C.S. 687; *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731; *R. c. Arkell*, [1990] 2 R.C.S. 695, conf. (1988), 43 C.C.C. (3d) 402; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. v. Munro and Munro* (1983), 8 C.C.C. (3d) 260; *R. v. Hughes* (1942), 78 C.C.C. 257; *R. v. Ashman* (1858), 1 F. & F. 88, 175 E.R. 638; *R. v. Archibald* (1898), 4 C.C.C. 159; *R. v. Bottrell* (1981), 60 C.C.C. (2d) 211; *R. v. Marshall* (1987), 26 A. Crim. R. 259; *R. v. Van Beelen* (1973), 4 S.A.S.R. 353; *Tison v. Arizona*, 107 S.Ct. 1676 (1987); *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976); *People v. Rose*, 227 Cal. Rep. 570 (1986); *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. v. Guiller*, C. dist. Ont., 23 sept. 1985, inédit.

^e

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 21(1), (2), 205(5)a), 212a), c), 213a), b), c), d), 214(5), 245.1(2), 613(1)b)(iii).
^f *Crimes Act* (New South Wales), art. 18.
Crimes Act 1958 (Victoria).
Crimes Act 1961, 1961 (N.Z.), No. 43, art. 168.
Crimes (Classification of Offences) Act 1981, No. 9576, 1981 (Victoria), art. 3.
^g *Criminal Code*, 1913, 1913 (Western Australia), art. 278, 279.
Criminal Code Act, 1899 (Queensland), 63 Vic., No. 9, art. 302.
^h *Criminal Code Act, 1924* (Tasmania), 14 Geo. V, No. 69, art. 157.
Homicide Act, 1957 (R.-U.), 5 & 6 Eliz. 2, ch. 11.

Doctrine citée

ⁱ Archbold, John Frederick. *Pleading and Evidence*. London: R. Pheney and R. Millikin, 1822.
Ashworth, A. J. «The Elasticity of *Mens Rea*» in C. F. H. Trapper, ed., *Crime, Proof and Punishment*. London: Butterworths, 1981.
^j Canada. Sénat. Comité permanent des banques et du commerce. Délibérations du Comité permanent des banques et du commerce. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1961.

- Coke, Sir Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England*, 6th ed. London: W. Rawlins for Thomas Bassett, 1680.
- Cross, Rupert. "The Mental Element in Crime" (1967), 83 *L.Q.R.* 215.
- Crump, D. and S. W. Crump. "In Defense of the Felony Murder Doctrine" (1985), 8 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* 359.
- Edwards, J. Ll. J. "Constructive Murder in Canadian and English Law" (1959), 3 *Crim. L.Q.* 481.
- Gilbert, M. L. "Degrees of Felony Murder" (1983), 40 *Wash. & Lee L. Rev.* 1601.
- Goff, Robert, Lord Goff. "The Mental Element in the Crime of Murder" (1988), 104 *L.Q.R.* 30.
- Gordon, Gerald H. "Subjective and Objective Mens Rea," [1975] 17 *Crim. L.Q.* 355.
- Hart, H. L. A. *Punishment and Responsibility*. Oxford: Clarendon Press, 1968.
- Holmes, Oliver Wendell, Jr. *The Common Law*. Boston: Little, Brown & Co., 1881.
- LaFave, Wayne R. and Austin W. Scott, Jr. *Substantive Criminal Law*, vol. 2. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986.
- Lindsay, Peter. "The Implications of *R. v. Vaillancourt: Much Ado About Nothing?*" (1989), 47 *U. of T. Fac. Law Rev.* 465.
- Mewett, Alan W. & Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987.
- United Kingdom. British Parliamentary Papers "Criminal Law", vol. 6, 1879.
- Wells, Celia. "Swatting the Subjectivist Bug", [1982] *Crim. L.R.* 209.
- Wharton, Francis. *Wharton's Criminal Law*, vol. II, 14th ed. By Charles E. Torcia. New York: The Lawyers Co-operative Publishing Co., 1979.
- Williams, Glanville. "Convictions and Fair Labelling," [1983] 42 *Cambridge L.J.* 85.
- Williams, Glanville. *The Mental Element in Crime*. Jerusalem: Magnes Press, The Hebrew University, 1965.
- APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1988), 61 Alta. L.R. (2d) 264, 89 A.R. 162, 43 C.C.C. (3d) 417, [1988] 6 W.W.R. 385, allowing the respondent's appeal from a conviction on a charge of second degree murder by Foisy J. sitting with jury. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.
- Coke, Sir Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England*, 6th ed. London: W. Rawlins for Thomas Bassett, 1680.
- Cross, Rupert. «The Mental Element in Crime» (1967), 83 *L.Q.R.* 215.
- Crump, D. and S. W. Crump. «In Defense of the Felony Murder Doctrine» (1985), 8 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* 359.
- Edwards, J. Ll. J. «Constructive Murder in Canadian and English Law» (1959), 3 *Crim. L.Q.* 481.
- Gilbert, M. L. «Degrees of Felony Murder» (1983), 40 *Wash. & Lee L. Rev.* 1601.
- Goff, Robert, Lord Goff. «The Mental Element in the Crime of Murder» (1988), 104 *L.Q.R.* 30.
- Gordon, Gerald H. «Subjective and Objective Mens Rea,» [1975] 17 *Crim. L.Q.* 355.
- Hart, H. L. A. *Punishment and Responsibility*. Oxford: Clarendon Press, 1968.
- Holmes, Oliver Wendell, Jr. *The Common Law*. Boston: Little, Brown & Co., 1881.
- LaFave, Wayne R. and Austin W. Scott, Jr. *Substantive Criminal Law*, vol. 2. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986.
- Lindsay, Peter. «The Implications of *R. v. Vaillancourt: Much Ado About Nothing?*» (1989), 47 *U. of T. Fac. Law Rev.* 465.
- Mewett, Alan W. & Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987.
- United Kingdom. British Parliamentary Papers «Criminal Law», vol. 6, 1879.
- Wells, Celia. «Swatting the Subjectivist Bug», [1982] *Crim. L.R.* 209.
- Wharton, Francis. *Wharton's Criminal Law*, vol. II, 14th ed. By Charles E. Torcia. New York: The Lawyers Co-operative Publishing Co., 1979.
- Williams, Glanville. «Convictions and Fair Labelling», [1983] 42 *Cambridge L.J.* 85.
- Williams, Glanville. *The Mental Element in Crime*. Jerusalem: Magnes Press, The Hebrew University, 1965.
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1988), 61 Alta. L.R. (2d) 264, 89 A.R. 162, 43 C.C.C. (3d) 417, [1988] 6 W.W.R. 385, qui a accueilli l'appel interjeté par l'intimé à l'encontre d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Foisy, siégeant avec jury, relativement à une accusation de meurtre au deuxième degré. Pourvoi rejeté, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.
- Jack Watson, for the appellant.
- Jack Watson, pour l'appelante.

Philip G. Lister and Sheila Schumacher, for the respondent.

Bruce MacFarlane, Q.C. and *Don Avison*, for the intervener the Attorney General of Canada.

W. J. Blacklock and *Ken Campbell*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jacques Gauvin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

J. G. Dangerfield, Q.C., and *Marva J. Smith*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

James D. Taylor, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

The judgment of Dickson C.J and Lamer C.J. and Wilson, Gonthier and Cory JJ. was delivered by

LAMER C.J.—This is the first of a series of appeals that raises the constitutionality of s. 213(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, (now s. 230(a), *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46). The appeal arises as a result of the application to s. 213(a) by the Alberta Court of Appeal of this Court's decision in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, in which s. 213(d) of the *Criminal Code* was declared of no force or effect because it infringed ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and could not be saved by s. 1 of the *Charter*.

Facts

The facts of this case are not central to the disposition of this appeal, and therefore, may be briefly summarized as follows. On February 7, 1985 the bodies of James McLean and Ann McLean were found in the bathroom of their home, a trailer, in Valleyview, Alberta. A police investigation led to Martineau and one Patrick Tremblay. Martineau, who was 15 at the time, was charged with both murders and was transferred to adult court.

Martineau was tried by a judge and jury starting on September 12, 1985. Thirty witnesses gave evidence including the accused. The evidence

Philip G. Lister et Sheila Schumacher, pour l'intimé.

Bruce MacFarlane, c.r., et *Don Avison*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

W. J. Blacklock et Ken Campbell, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jacques Gauvin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

J. G. Dangerfield, c.r., et *Marva J. Smith*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

James D. Taylor, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement du juge en chef Dickson, du juge en chef Lamer et des juges Wilson, Gonthier et Cory rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Il s'agit du premier d'une série de pourvois qui soulève la constitutionnalité de l'al. 213a) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, (maintenant l'al. 230a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46). Ce pourvoir résulte de l'application à l'al. 213a), par la Cour d'appel de l'Alberta, de larrêt de notre Cour *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, qui a déclaré inopérant l'al. 213d) du *Code criminel* parce qu'il violait l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'il ne pouvait être sauvagardé par l'article premier de la *Charte*.

Les faits

Les faits de l'espèce ne sont pas cruciaux pour ce qui est de statuer sur le pourvoir et peuvent donc être résumés brièvement. Le 7 février 1985, les corps de James McLean et d'Ann McLean ont été découverts dans la salle de bain de la maison mobile qu'ils habitaient à Valleyview, en Alberta. L'enquête policière a permis de remonter jusqu'à Martineau et à un nommé Patrick Tremblay. Martineau, âgé de 15 ans à l'époque, a été accusé des deux meurtres et transféré devant un tribunal pour adultes.

Le procès de Martineau devant un juge et un jury a commencé le 12 septembre 1985. Trente personnes ont témoigné, dont l'accusé. La preuve a

revealed that Martineau and his friend, Tremblay, had set out one evening armed with a pellet pistol and rifle respectively. Martineau testified that he knew that they were going to commit a crime, but that he thought it would only be a "b and e". After robbing the trailer and its occupants, Martineau's friend Tremblay shot and killed the McLeans.

As they left the trailer, Martineau asked Tremblay why he killed them and Tremblay answered, "They saw our faces". Martineau responded, "But they couldn't see mine 'cause I had a mask on". They drove James McLean's car to Grande Prairie where they abandoned it. The respondent was convicted of second degree murder. The trial judge charged the jury on s. 213(a) and (d) of the *Criminal Code* and on s. 21(1) and (2) of the *Criminal Code*.

Judgment Below

Alberta Court of Appeal (1988), 61 Alta. L.R. (2d) 264

The respondent's appeal was first heard in September of 1987 on grounds relating to the trial judge's charge to the jury. After the decision of this Court in *Vaillancourt*, a re-hearing was ordered before a five-person panel of the Court of Appeal. The Court of Appeal held that, given the law as it then stood, the charge to the jury could not be criticized. The Court then considered the impact of *Vaillancourt*, and stated the following interpretation of that case, at p. 274:

The effect of these passages [from *Vaillancourt*], in my view, is to emphasize that s. 213(d) offends the Charter, not because Parliament lacks the constitutional power to create a crime, an element of which is unforeseen or unforeseeable death, but because in this case three other factors were present. First, Parliament chose to label the crime as murder. Second, it imposed the same punishment as that provided for an intentional killing. Third, and perhaps most important, that punishment is mandatory life imprisonment, as severe a punishment as is available in Canadian law. The combined effect of these three factors was to proclaim that an unforeseen and unforeseeable killing was the moral

révélé que Martineau et son ami Tremblay étaient sortis un soir armés respectivement d'un pistolet à air comprimé et d'une carabine. Martineau a témoigné qu'il savait qu'ils allaient commettre un crime, mais qu'il pensait que ce ne serait qu'une introduction par effraction. Après avoir dévalisé la maison mobile et ses occupants, Tremblay, l'ami de Martineau, a tiré des coups de feu qui ont tué les McLean.

Au moment où ils quittaient la maison mobile, Martineau a demandé à Tremblay pourquoi il les avait tués et Tremblay a répondu: [TRADUCTION] «Ils nous ont vu le visage». Martineau a répondu: [TRADUCTION] «Mais ils n'ont pas pu voir le mien parce que je portais un masque». Ils ont utilisé l'auto de James McLean jusqu'à Grande Prairie où ils l'ont abandonnée. L'intimé a été reconnu coupable de meurtre au deuxième degré. Le juge du procès a donné au jury des directives sur les al. 213a) et d) et sur les par. 21(1) et (2) du *Code criminel*.

Le jugement du tribunal d'instance inférieure

La Cour d'appel de l'Alberta (1988), 61 Alta. L.R. (2d) 264

L'appel de l'intimé portant sur des moyens relatifs à l'exposé du juge au jury a été entendu une première fois en septembre 1987. Suite à l'arrêt *Vaillancourt* de notre Cour, une nouvelle audition devant une formation de cinq juges de la Cour d'appel a été ordonnée. La Cour d'appel a conclu que, vu l'état du droit à l'époque, l'exposé au jury ne pouvait être critiqué. La cour a alors examiné les répercussions de l'arrêt *Vaillancourt* et en a donné l'interprétation suivante, à la p. 274:

[TRADUCTION] Ces extraits [de l'arrêt *Vaillancourt*] font à mon avis ressortir que l'al. 213d) contrevient à la Charte non pas parce que le Parlement n'a pas la compétence constitutionnelle pour créer un crime dont un élément est la mort imprévue ou imprévisible, mais parce que trois autres facteurs étaient présents en l'espèce. Premièrement, le Parlement a choisi de qualifier le crime de meurtre. Deuxièmement, il a imposé la même punition que celle prévue pour l'homicide intentionnel. Troisièmement, et peut-être ce qui est le plus important, la punition est obligatoirement l'emprisonnement à perpétuité, la peine la plus sévère en droit canadien. L'effet conjugué de ces trois facteurs a été de déclarer qu'un

equal of an intended killing, a proposition so inaccurate as to be unjust.

The Court of Appeal then drew the following conclusion, at pp. 277-78:

In my opinion, s. 213(a) of the Criminal Code must be held to be inconsistent with ss. 7 and 11(d) of the Charter for the reasons given in *Vaillancourt* with respect to s. 213(d). The section is not restricted to situations where there was an intention to inflict an injury of a life threatening nature. An accused person may find himself within the ambit of s. 213(a) even though he did not foresee, and could not reasonably have foreseen, that death would likely result from the injury which he intended to inflict.

The Court went on to hold that the section could not be saved by s. 1 of the *Charter*. Since the jury was not instructed on any portion of s. 212 of the *Criminal Code*, the Court could not conclude that a conviction should be entered pursuant to s. 613(1)(b)(iii) of the *Code*. The Court quashed the convictions and ordered a new trial.

Legislation

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 213(a)

213. Culpable homicide is murder where a person causes the death of a human being while committing or attempting to commit high treason or treason or an offence mentioned in section 52 (sabotage), 76 (piratical acts), 76.1 (hijacking an aircraft), 132 or subsection 133(1) or sections 134 to 136 (escape or rescue from prison or lawful custody), section 246 (assaulting a police officer), section 246.1 (sexual assault), 246.2 (sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm), 246.3 (aggravated sexual assault), 247 (kidnapping and forcible confinement), 302 (robbery), 306 (breaking and entering) or 389 or 390 (arson), whether or not the person means to cause death to any human being and whether or not he knows that death is likely to be caused to any human being, if

(a) he means to cause bodily harm for the purpose of

- (i) facilitating the commission of the offence, or
- (ii) facilitating his flight after committing or attempting to commit the offence,

and the death ensues from the bodily harm;

homicide imprévu et imprévisible est l'équivalent moral d'un homicide intentionnel, une proposition tellement inexacte qu'elle est injuste.

La Cour d'appel a alors tiré la conclusion suivante, aux pp. 277 et 278:

[TRADUCTION] À mon avis, l'al. 213a) du Code criminel doit être tenu pour incompatible avec l'art. 7 et l'al. 11d) de la Charte pour les motifs donnés dans l'arrêt *Vaillancourt* relativement à l'al. 213d). La disposition n'est pas limitée à des situations où il y avait intention d'infliger une blessure de nature à mettre la vie en danger. Un accusé peut se retrouver assujetti à l'al. 213a) même s'il n'a pas prévu, et ne pouvait raisonnablement prévoir, que la mort résulterait vraisemblablement de la blessure qu'il avait l'intention d'infliger.

La cour a ensuite conclu que la disposition ne pouvait être sauvegardée par l'article premier de la *Charte*. Puisque le jury n'avait reçu de directive sur aucune partie de l'art. 212 du *Code criminel*, la cour n'a pas pu conclure qu'il fallait inscrire une déclaration de culpabilité en application du sous-al. 613(1)b)(iii) du *Code*. La cour a annulé les déclarations de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Le texte législatif

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, al. 213a)

213. L'homicide coupable est un meurtre lorsqu'une personne cause la mort d'un être humain pendant qu'elle commet ou tente de commettre une haute trahison, une trahison ou une infraction mentionnée aux articles 52 (sabotage), 76 (actes de piraterie), 76.1 (détournement d'aéronef), 132 ou au paragraphe 133(1) ou aux articles 134 à 136 (évasion ou délivrance d'une garde légale), 246 (voies de fait sur un agent de la paix), 246.1 (agression sexuelle), 246.2 (agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles), 246.3 (agression sexuelle grave), 247 (enlèvement et séquestration), 302 (vol qualifié), 306 (introduction par effraction) ou 389 ou 390 (crime d'incendie), qu'elle ait ou non l'intention de causer la mort d'un être humain et qu'elle sache ou non qu'il en résultera vraisemblablement la mort d'un être humain

a) si elle a l'intention de causer des lésions corporelles aux fins

- (i) de faciliter la perpétration de l'infraction, ou
- (ii) de faciliter sa fuite après avoir commis ou tenté de commettre l'infraction,

et que la mort résulte des lésions corporelles;

Issues

The following constitutional questions were stated by Chief Justice Dickson:

1. Does s. 213(a) of the *Criminal Code* infringe or deny the rights or freedoms guaranteed by s. 7 and/or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is affirmative, is s. 213(a) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Analysis

Parliament, of course, decides what a crime is to be, and has the power to define the elements of a crime. With the advent of the *Charter* in 1982, Parliament also has, however, directed the courts to review those definitions to ensure that they are in accordance with the principles of fundamental justice. We, as a Court, would be remiss not to heed this command of Parliament. This is an unassailable proposition since the decision of Parliament to entrench into our constitutional framework a Charter of Rights and Freedoms and also the principle that the Constitution is the supreme law of the land. Since 1982, this Court has consistently assumed its duty to measure the content of legislation against the guarantees in our *Charter* designed to protect individual rights and freedoms. See for example *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; and *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

In *R. v. Vaillancourt, supra*, s. 213(d) of the *Criminal Code* was declared of no force or effect because it violated ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. The *ratio* of *Vaillancourt*, strictly speaking, was that it is a principle of fundamental justice that before a person could be convicted of murder there must be proof beyond a reasonable doubt of at least objective foreseeability of death. The impugned section in that case did not accord with this principle because it would be possible for a conviction for murder to occur under s. 213(d)

Les questions en litige

Le juge en chef Dickson a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

- ^a 1. L'alinéa 213a) du *Code criminel* porte-t-il atteinte aux droits ou aux libertés garantis par l'art. 7 ou l'al. 11d), ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- ^b 2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'al. 213a) est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

c Analyse

Le Parlement, bien sûr, décide ce que doit être un crime et a le pouvoir de définir les éléments d'un crime. Suite à l'avènement de la *Charte* en 1982, le Parlement a cependant aussi enjoint aux tribunaux de réviser ces définitions pour assurer qu'elles soient conformes aux principes de justice fondamentale. Nous, en tant que tribunal, ferions preuve de négligence si nous ne tenions pas compte de cet ordre du Parlement. Cette proposition est inattaquable depuis la décision du Parlement d'en-châsser dans notre cadre constitutionnel une charte des droits et libertés et le principe que la Constitution est la loi suprême du pays. Depuis 1982, notre Cour a toujours assumé son obligation d'apprécier le contenu d'un texte législatif en fonction des garanties contenues dans notre *Charte*, qui sont conçues pour protéger les droits et libertés individuels. Voir, par exemple, *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, et *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, précité, on a déclaré l'al. 213d) du *Code criminel* inopérant parce qu'il violait l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Le raisonnement adopté dans l'arrêt *Vaillancourt* était, à proprement parler, que c'est un principe de justice fondamentale que pour qu'une personne puisse être reconnue coupable de meurtre, il doit y avoir preuve hors de tout doute raisonnable de l'existence d'au moins une prévisibilité objective de la mort. La disposition contestée dans ce pourvoi n'était pas conforme à ce principe parce qu'une

despite the jury's having a reasonable doubt as to whether the accused ought to have known that death was likely to ensue.

déclaration de culpabilité de meurtre pouvait être prononcée en vertu de l'al. 213d) même si le jury avait un doute raisonnable pour ce qui était de déterminer si l'accusé devait savoir que la mort s'ensuivrait vraisemblablement.

In *Vaillancourt* I analyzed a number of matters, including s. 213 of the *Code* in the context of the other murder provisions, the historical development of s. 213, felony murder provisions in other jurisdictions, the essential elements of certain crimes at common law, and the principles of fundamental justice under the *Charter* and their application to s. 213 of the *Code*. As a result of this analysis I concluded that objective foreseeability of death was the minimum threshold test before a conviction for murder could be sustained. I went on to state, however, that it was my view that the principles of fundamental justice require more; they demand that a conviction for murder requires proof beyond a reasonable doubt of subjective foresight of death. Chief Justice Dickson, Estey and Wilson JJ. agreed with that position. I am still of that view today, and indeed, while I agree with the Alberta Court of Appeal and could dispose of this appeal on the basis of objective foreseeability, it is on the basis of the principle of subjective foresight of death that I choose to dispose of this appeal. I choose this route because I would not want this case, a very serious matter, to return to this Court once again on the grounds that there is some doubt as to the validity of the portion of s. 212(c) of the *Code* that allows for a conviction for murder if the accused "ought to know" that death is likely to result. I need not, therefore, repeat the analysis from *Vaillancourt* here, except to add some brief observations as regards s. 213(a) and the principle of fundamental justice that subjective foresight of death is required before a conviction for murder can be sustained.

Dans l'arrêt *Vaillancourt*, précité, j'ai analysé ^b un certain nombre de sujets, dont l'art. 213 du *Code* dans le contexte des autres dispositions relatives au meurtre, l'évolution historique de l'art. 213, les dispositions relatives au meurtre concomitant d'une infraction majeure dans d'autres ressorts, les éléments essentiels de certains crimes en common law, ainsi que les principes de justice fondamentale en vertu de la *Charte* et leur application à l'art. 213 du *Code*. Cette analyse m'a amené à conclure que la prévisibilité objective de la mort est le critère minimal auquel il faut satisfaire pour qu'une déclaration de culpabilité de meurtre puisse être maintenue. J'ai cependant ajouté qu'à mon avis les principes de justice fondamentale exigent davantage: selon ces principes, une déclaration de culpabilité de meurtre exige la preuve hors de tout doute raisonnable d'une prévision subjective de la mort. Le juge en chef Dickson de même que les juges Estey et Wilson ont souscrit à cette opinion. Je suis encore du même avis aujourd'hui, et même, bien que je sois d'accord avec la Cour d'appel de l'Alberta et que je puisse trancher le présent pourvoi en fonction de la prévisibilité objective, c'est en fonction du principe de la prévision subjective de la mort que je choisis de trancher le présent pourvoi. Je choisis cette voie parce que je ne voudrais pas que cette affaire, un sujet très sérieux, revienne devant nous pour le motif qu'il y a des doutes quant à la validité de la partie de l'al. 212c) du *Code* qui permet de prononcer une déclaration de culpabilité de meurtre lorsque l'accusé «devrait savoir» que la mort est susceptible de s'ensuivre. Il n'est donc pas nécessaire de reprendre ici l'analyse que j'ai faite dans l'arrêt *Vaillancourt*, si ce n'est pour ajouter quelques brèves remarques concernant l'al. 213a) et le principe de justice fondamentale selon lequel la prévision subjective de la mort est requise pour qu'une déclaration de culpabilité de meurtre puisse être maintenue.

Section 213(a) of the *Code* defines culpable homicide as murder where a person causes the death of a human being while committing or attempting to commit a range of listed offences, whether or not the person means to cause death or whether or not he or she knows that death is likely to ensue if that person means to cause bodily harm for the purpose of facilitating the commission of the offence or flight after committing or attempting to commit the offence. The introductory paragraph of the section, therefore, expressly removes from the Crown the burden of proving beyond a reasonable doubt that the accused had subjective foresight of death. This section stands as an anomaly as regards the other murder provisions, especially in light of the common law presumption against convicting a person of a true crime without proof of intent or recklessness: *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, at pp. 1309-10, *per* Dickson J., as he then was.

A conviction for murder carries with it the most severe stigma and punishment of any crime in our society. The principles of fundamental justice require, because of the special nature of the stigma attached to a conviction for murder, and the available penalties, a *mens rea* reflecting the particular nature of that crime. The effect of s. 213 is to violate the principle that punishment must be proportionate to the moral blameworthiness of the offender, or as Professor Hart puts it in *Punishment and Responsibility* (1968), at p. 162, the fundamental principle of a morally based system of law that those causing harm intentionally be punished more severely than those causing harm unintentionally. The rationale underlying the principle that subjective foresight of death is required before a person is labelled and punished as a murderer is linked to the more general principle that criminal liability for a particular result is not justified except where the actor possesses a culpable mental state in respect of that result: see *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, *per* McIntyre J., and *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369 (Ont. C.A.), *per* Martin J.A. In my view, in a free and democratic society that

L'alinéa 213a) du *Code* définit l'homicide coupable comme étant un meurtre lorsqu'une personne cause la mort d'un être humain pendant qu'elle commet ou tente de commettre une des infractions énumérées, qu'elle ait ou non l'intention de causer la mort ou qu'elle sache ou non que la mort s'ensuivra vraisemblablement, si cette personne a l'intention de causer des lésions corporelles aux fins de faciliter la perpétration de l'infraction ou de faciliter sa fuite après avoir commis ou tenté de commettre l'infraction. Le paragraphe introductif de l'article dégage expressément donc le ministère public de l'obligation de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé prévoyait subjectivement la mort. Cet article représente donc une anomalie par rapport aux autres dispositions relatives au meurtre, compte tenu particulièrement de la présomption de common law qui interdit de déclarer une personne coupable d'un crime réel sans preuve d'intention ou d'insouciance: *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, aux pp. 1309 et 1310, le juge Dickson (tel était alors son titre).

Une déclaration de culpabilité de meurtre entraîne les stigmates et la peine les plus sévères qui soient pour un crime dans notre société. À cause de la nature spéciale des stigmates causés par une déclaration de culpabilité de meurtre et des peines qui peuvent être imposées, les principes de justice fondamentale exigent une *mens rea* qui reflète la nature particulière de ce crime. L'article 213 a pour effet de violer le principe que la peine doit être proportionnée à la culpabilité morale du délinquant, ou comme l'a dit le professeur Hart dans *Punishment and Responsibility* (1968), à la p. 162, le principe fondamental d'un système de droit fondé sur la morale, portant que ceux qui causent un préjudice intentionnellement doivent être punis plus sévèrement que ceux qui le font involontairement. La raison d'être sous-jacente du principe qu'il doit y avoir prévision subjective de la mort pour que quelqu'un soit qualifié de meurtrier et puni comme tel, est liée au principe plus général que la responsabilité criminelle à l'égard d'un résultat particulier n'est justifiée que lorsque son auteur a un état d'esprit coupable relativement à ce résultat: voir *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, le juge McIntyre, et *R. v. Buzzanga and*

values the autonomy and free will of the individual, the stigma and punishment attaching to the most serious of crimes, murder, should be reserved for those who choose to intentionally cause death or who choose to inflict bodily harm that they know is likely to cause death. The essential role of requiring subjective foresight of death in the context of murder is to maintain a proportionality between the stigma and punishment attached to a murder conviction and the moral blameworthiness of the offender. Murder has long been recognized as the "worst" and most heinous of peace time crimes. It is, therefore, essential that to satisfy the principles of fundamental justice, the stigma and punishment attaching to a murder conviction must be reserved for those who either intend to cause death or who intend to cause bodily harm that they know will likely cause death. In this regard, I refer to the following works as support for my position, in addition to those cited in *Vaillancourt*: Cross, "The Mental Element in Crime" (1967), 83 *L.Q.R.* 215; Ashworth, "The Elasticity of *Mens Rea*," in *Crime, Proof and Punishment* (1981); Williams, *The Mental Element in Crime* (1965); and Williams, "Convictions and Fair Labelling," [1983] 42 *Cambridge L.J.* 85.

Durocher (1979), 49 C.C.C. (2d) 369 (C.A. Ont.), le juge Martin. À mon avis, dans une société libre et démocratique qui attache de l'importance à l'autonomie et au libre arbitre de l'individu, les stigmates et la peine rattachés au crime le plus grave, le meurtre, devraient être réservés à ceux qui ont choisi de causer intentionnellement la mort ou d'infliger des lésions corporelles dont ils savaient qu'elles étaient susceptibles de causer la mort. L'exigence d'une prévision subjective de la mort dans le contexte d'un meurtre a essentiellement pour rôle de maintenir une proportionnalité entre les stigmates et la peine rattachés à une déclaration de culpabilité de meurtre et la culpabilité morale du délinquant. Le meurtre est depuis longtemps reconnu comme le «pire» et le plus odieux des crimes en temps de paix. Il est donc essentiel que, pour respecter les principes de justice fondamentale, les stigmates et la peine rattachés à une déclaration de culpabilité de meurtre soient réservés à ceux qui ont eu l'intention soit de causer la mort soit d'infliger des lésions corporelles dont ils savaient qu'elles étaient susceptibles de causer la mort. À cet égard, je renvoie, à l'appui de ma position, aux ouvrages suivants, en plus de ceux cités dans l'arrêt *Vaillancourt*: Cross, «The Mental Element in Crime» (1967), 83 *L.Q.R.* 215, Ashworth, «The Elasticity of *Mens Rea*», dans *Crime, Proof and Punishment* (1981), Williams, *The Mental Element in Crime* (1965), et Williams, «Convictions and Fair Labelling,» [1983] 42 *Cambridge L.J.* 85.

g

In sum then, I am of the view that a special mental element with respect to death is necessary before a culpable homicide can be treated as murder. That special mental element gives rise to the moral blameworthiness that justifies the stigma and punishment attaching to a murder conviction. For all the foregoing reasons, and for the reasons stated in *Vaillancourt*, I conclude that it is a principle of fundamental justice that a conviction for murder cannot rest on anything less than proof beyond a reasonable doubt of subjective foresight of death. That was my position when *Vaillancourt* was decided, and that is my position today. Therefore, since s. 213 of the *Code* expressly eliminates the requirement for proof of subjec-

En résumé, je suis d'avis qu'un élément moral spécial concernant la mort est nécessaire pour qu'on puisse considérer un homicide coupable comme un meurtre. Cet élément moral spécial amène la culpabilité morale qui justifie les stigmates et la peine rattachés à une déclaration de culpabilité de meurtre. Pour tous les motifs qui précédent, et pour les motifs exprimés dans l'arrêt *Vaillancourt*, je conclus que c'est un principe de justice fondamentale qu'une déclaration de culpabilité de meurtre ne saurait reposer sur rien de moins qu'une preuve hors de tout doute raisonnable d'une prévision subjective de la mort. C'était ma position quand l'arrêt *Vaillancourt* a été rendu, et c'est encore ma position aujourd'hui. Donc,

tive foresight, it infringes ss. 7 and 11(d) of the Charter.

As regards s. 1 of the *Charter*, there is no doubt that the objective of deterring the infliction of bodily harm during the commission of certain offences because of the increased risk of death is of sufficient importance to warrant overriding a *Charter* right. Further, indiscriminately punishing for murder all those who cause death irrespective of whether they intended to cause death might well be thought to discourage the infliction of bodily harm during the commission of certain offences because of the increased risk of death. But it is not necessary in order to achieve this objective to convict of murder persons who do not intend or foresee the death. In this regard the section unduly impairs the *Charter* rights. If Parliament wishes to deter persons from causing bodily harm during certain offences, then it should punish persons for causing the bodily harm. Indeed, the conviction for manslaughter that would result instead of a conviction for murder is punishable by, from a day in jail to confinement for life. Very stiff sentences for the infliction of bodily harm leading to death in appropriate cases would sufficiently meet any deterrence objective that Parliament might have in mind. The more flexible sentencing scheme under a conviction for manslaughter is in accord with the principle that punishment be meted out with regard to the level of moral blameworthiness of the offender. To label and punish a person as a murderer who did not intend or foresee death unnecessarily stigmatizes and punishes those whose moral blameworthiness is not that of a murderer, and thereby unnecessarily impairs the rights guaranteed by ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. In my view then, s. 213(a), indeed all of s. 213, cannot be saved by s. 1 of the *Charter*.

puisque l'art. 213 du *Code* élimine expressément l'exigence d'une preuve de prévision subjective, il porte atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*.

a

Quant à l'article premier de la *Charte*, il ne fait pas de doute que l'objectif de dissuader d'infliger des lésions corporelles pendant la perpétration de certaines infractions à cause du risque accru de causer la mort est suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la *Charte*. De plus, on pourrait bien croire que punir indistinctement pour meurtre tous ceux qui causent la mort, sans se demander s'ils ont voulu causer la mort, décourage l'infliction de lésions corporelles pendant la perpétration de certaines infractions à cause du risque accru de causer la mort. Mais, pour atteindre cet objectif, il n'est pas nécessaire de reconnaître coupables de meurtre des personnes qui ne veulent pas ou ne prévoient pas causer la mort. À cet égard, l'article porte indûment atteinte aux droits reconnus par la *Charte*. Si le Parlement veut dissuader les gens de causer des lésions corporelles pendant la perpétration de certaines infractions, il devrait alors les punir pour avoir causé des lésions corporelles. En réalité, la déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable qui en résulterait, au lieu d'une déclaration de culpabilité de meurtre, peut entraîner une peine d'un jour de prison jusqu'à l'emprisonnement à perpétuité. L'imposition, dans des cas appropriés, de peines très sévères pour l'infliction de lésions corporelles causant la mort serait suffisante pour répondre à tout objectif de dissuasion que le Parlement pourrait avoir à l'esprit. Le régime plus souple de détermination de la peine suite à une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable est conforme au principe que la peine doit être imposée en fonction du niveau de culpabilité morale du délinquant. Qualifier de meurtrier, et le punir en tant que tel, quelqu'un qui n'a pas voulu ni prévu la mort stigmatise et punit inutilement ceux dont la culpabilité morale n'est pas celle d'un meurtrier, ce qui porte inutilement atteinte aux droits garantis par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Donc, à mon avis, l'al. 213a), voire même l'art. 213 au complet, ne peut être sauvagardé par l'article premier de la *Charte*.

The fact that I have based my reasons on the principle of subjective foresight casts serious if not fatal doubt on the constitutionality of part of s. 212(c) of the *Code*, specifically the words "ought to know is likely to cause death". The validity of s. 212(c) of the *Code* has not been directly attacked in this appeal, but the Court has had the benefit of hearing argument from the Attorney General of Canada and from the Attorneys General for Alberta, British Columbia, Ontario, Quebec, and Manitoba, who chose to intervene, on the issue of whether subjective foresight or objective foreseeability of death is the constitutionally required minimum *mens rea* for murder. In my view, subjective foresight of death must be proven beyond a reasonable doubt before a conviction for murder can be sustained, and as a result, it is obvious the part of s. 212(c) of the *Code* allowing for a conviction upon proof that the accused ought to have known that death was likely to result violates ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. I find further support for this view in the following passage from Professor Stuart's treatise *Canadian Criminal Law* (2nd ed. 1987), at pp. 217-18, dealing specifically with the objective element of s. 212(c) of the *Code* and the principle of subjective foresight:

This is a clear instance where our legislation has not kept up with developments in other jurisdictions. We have seen that a similar objective test for murder resorted to by the House of Lords in the notorious decision in *Director of Public Prosecutions v. Smith* (1960) [[1961] A.C. 290, [1960] 3 All E.R. 161 (H.L.)] was rejected by the British Legislature and by the Australian High Court. Very few jurisdictions, including those in the United States, resort to anything but the subjective approach in defining murder. The only direct parallels to our section 212(c) are to be found in the codes of Queensland, Tasmania and New Zealand. The wording in these provisions is almost identical to ours except that in New Zealand the words "or ought to have known" were deleted as a result of a quick and firm rejection of *Smith*. The New Zealand section now reads in part:

... if the offender for any unlawful object does an act that he knows to be likely to cause death, and thereby

Le fait que j'ai fondé mes motifs sur le principe de la prévision subjective jette un doute sérieux, sinon fatal, sur la constitutionnalité d'une partie de l'al. 212c) du *Code*, plus particulièrement les mots «devrait savoir, de nature à causer la mort». La validité de l'al. 212c) du *Code* n'a pas été directement attaquée dans le présent pourvoi, mais la Cour a eu l'avantage d'entendre les arguments du procureur général du Canada et des procureurs généraux de l'Alberta, de la Colombie-Britannique, de l'Ontario, du Québec et du Manitoba qui ont choisi d'intervenir, sur la question de savoir laquelle de la prévision subjective ou de la prévisibilité objective de la mort constitue la *mens rea* minimale requise du point de vue constitutionnel pour qu'il y ait meurtre. À mon avis, la prévision subjective de la mort doit être prouvée hors de tout doute raisonnable pour qu'une déclaration de culpabilité de meurtre puisse être maintenue et, par conséquent, il est évident que la partie de l'al. 212c) du *Code*, qui permet de prononcer une déclaration de culpabilité si on prouve que l'accusé aurait dû savoir que la mort était susceptible de s'ensuivre, viole l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Cette opinion trouve également appui dans l'extrait suivant du traité du professeur Stuart intitulé *Canadian Criminal Law* (2^e éd. 1987), aux pp. 217 et 218, qui porte précisément sur l'élément objectif de l'al. 212c) du *Code* et le principe de la prévision subjective:

[TRADUCTION] C'est un cas évident où nos lois n'ont pas suivi l'évolution qui a eu cours dans d'autres ressorts. Nous avons vu que le législateur britannique et la High Court d'Australie ont rejeté un critère objectif similaire pour établir le meurtre, auquel avait eu recours la Chambre des lords dans l'arrêt célèbre *Director of Public Prosecutions v. Smith* (1960) [[1961] A.C. 290; [1960] 3 All E.R. 161 (H.L.)]. Très peu de ressorts, même parmi les États américains, ont recours à autre chose que la méthode subjective pour définir le meurtre. Les seuls équivalents directs de notre alinéa 212c) se trouvent dans les codes du Queensland, de la Tasmanie et de la Nouvelle-Zélande. Le texte de ces dispositions est presque identique au nôtre sauf qu'en Nouvelle-Zélande les mots «ou aurait dû savoir» ont été supprimés par suite d'un rejet rapide et ferme de l'arrêt *Smith*. L'article néo-zélandais se lit maintenant en partie ainsi:

... si le délinquant, pour une fin illégale, accomplit un acte qu'il sait de nature à causer la mort et tue ainsi une

kills any person, though he may have desired that his object should be effected without hurting anyone.

Indeed, Lord Goff in his article "The Mental Element in the Crime of Murder" (1988), 104 *L.Q.R.* 30, at p. 36, had this to say about the *Smith* decision and about objective foreseeability as a test for murder:

This decision was very much criticised, by judge and jurist alike. What they disliked about it was that it imposed an objective instead of a subjective test for ascertaining the existence of the relevant mental element for the crime of murder. In due course, it was reversed by statute; later, on an appeal from a jurisdiction where that statute did not apply at the relevant time, *Smith* was, in effect, held by the Judicial Committee of the Privy Council to have been wrongly decided (see *Frankland and Moore v. R.*), [1987] 2 W.L.R. 1251. So the objective test was never part of the common law, properly understood; and we can now forget about it. [Emphasis added.]

Although it would be open to save that part of s. 212(c) under s. 1 of the *Charter*, it seems to me that the attempt would fail for the reasons I have given in respect of the attempt to similarly save s. 213 of the *Code*. I would therefore answer the constitutional questions as follows:

Q: Does s. 213(a) of the *Criminal Code* infringe or deny the rights or freedoms guaranteed by s. 7 and/or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A: Yes, the section infringes both ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

Q: If the answer to question 1 is affirmative, is s. 213(a) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

A: No.

The only remaining issue is the potential application of s. 613(1)(b)(iii) (now s. 686(1)(b)(iii)) of the *Criminal Code*. The Court of Appeal for Alberta declined to invoke the section and enter a conviction for the following reason, at p. 279:

The jury in this case was not instructed on any portion of s. 212. I am unable to say that a properly instructed jury must necessarily have found that the appellant had,

personne, même s'il a pu vouloir atteindre son objectif sans blesser qui que ce soit.

En fait, lord Goff, dans son article intitulé «The Mental Element in the Crime of Murder» (1988), 104 *L.Q.R.* 30, à la p. 36, affirme ceci au sujet de l'arrêt *Smith* et du critère de la prévisibilité objective applicable au meurtre:

[TRADUCTION] Cet arrêt a été fort critiqué tant par les juges que par les avocats. Ce qu'ils n'appréciaient pas de cet arrêt, c'est qu'il imposait un critère objectif plutôt que subjectif pour vérifier l'existence de l'élément moral pertinent au crime de meurtre. En temps utile, il a été infirmé par voie législative; plus tard, suite à un appel provenant d'un ressort où cette loi ne s'appliquait pas à l'époque pertinente, le comité judiciaire du Conseil privé a effectivement jugé que l'arrêt *Smith* était erroné (voir *Frankland and Moore v. R.*), [1987] 2 W.L.R. 1251. Ainsi, le critère objectif n'a jamais fait partie de la common law proprement dite et nous pouvons maintenant l'oublier. [Je souligne.]

Bien qu'il soit possible de sauvegarder cette partie de l'al. 212c) en vertu de l'article premier de la *Charte*, il me semble que la tentative échouerait pour les motifs que j'ai donnés relativement à la tentative de sauvegarder de la même manière l'art. 213 du *Code*. Je suis donc d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

Q: L'alinéa 213a) du *Code criminel* porte-t-il atteinte aux droits ou aux libertés garantis par l'art. 7 ou l'al. 11d), ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R: Oui, l'alinéa porte atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*.

Q: Si la réponse à la première question est affirmative, l'al. 213a) est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

R: Non.

La seule question qui reste est celle de la possibilité d'appliquer le sous-al. 613(1)b)(iii) (maintenant le sous-al. 686(1)b)(iii)) du *Code criminel*. La Cour d'appel de l'Alberta a refusé de recourir à ce sous-alinéa et a inscrit une déclaration de culpabilité pour la raison suivante, à la p. 279:

[TRADUCTION] Le jury en l'espèce n'a reçu aucune directive sur quelque partie que ce soit de l'art. 212. Je suis incapable de dire qu'un jury bien instruit doit

at some point, the requisite intention under that section rather than being carried along by events.

I agree. In the present case, the respondent was convicted pursuant to a combination of ss. 213 and 21 of the *Code*. Since in this case the jury was left only with s. 213 which has been declared to be inoperative, a new trial must be ordered. Accordingly, the Court of Appeal's decision quashing the convictions and directing a new trial is affirmed. The appeal is, therefore, dismissed.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—I have had the opportunity of reading the reasons of Chief Justice Lamer, and with respect, I must dissent. I fully agree with my colleague's characterization, at p. 643, of this Court's "duty to measure the content of legislation against the guarantees in our *Charter* designed to protect individual rights and freedoms" while however, in my view, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is not impermeable to the rights of the collectivity. I also heartily concur with my colleague's assertion that this Court is directed to review, when challenged, Parliament's definitions of the elements of a crime to ensure that they are in accordance with fundamental justice. In my view, however, this Court must stop short of effectively legislating on its own. The question should not be what is the "best" test, but rather what is a constitutionally valid test.

The following constitutional questions were stated by Chief Justice Dickson:

1. Does s. 213(a) [now s. 230(a)] of the *Criminal Code* infringe or deny the rights or freedoms guaranteed by s. 7 and/or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is affirmative, is s. 213(a) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

nécessairement avoir conclu que l'appelant a eu, à un moment donné, l'intention requise en vertu de cette disposition, plutôt que d'être entraîné par les événements.

^a Je suis d'accord. En l'espèce, l'intimé a été reconnu coupable conformément à une combinaison des art. 213 et 21 du *Code*. Puisque le jury en l'espèce n'a été saisi que de l'art. 213 qui a été déclaré inopérant, un nouveau procès doit être ordonné. Par conséquent, l'arrêt de la Cour d'appel annulant les déclarations de culpabilité et ordonnant la tenue d'un nouveau procès est confirmé. Le pourvoi est donc rejeté.

^c Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—J'ai eu l'occasion de lire les motifs de jugement du juge en chef Lamer mais, en toute déférence, je ne partage pas son avis. Je souscris entièrement à la façon dont mon collègue qualifie, à la p. 643, l'"obligation [qu'à notre Cour] d'apprécier le contenu d'un texte législatif en fonction des garanties contenues dans notre *Charte*, qui sont conçues pour protéger les droits et libertés individuels" quoique, selon moi, la *Charte canadienne des droits et libertés* ne soit pas insensible aux droits de la collectivité. Je souscris aussi volontiers à l'affirmation de mon collègue que la Cour est appelée à réviser les définitions, données par le Parlement, des éléments d'un crime lorsqu'elles sont contestées, pour s'assurer de leur conformité aux principes de justice fondamentale. À mon avis, ^f cependant, notre Cour ne doit pas s'arroger le droit de légiférer de son propre chef. Il ne s'agit pas ici de se demander quel est le «meilleur» critère, mais plutôt quel est le test constitutionnellement valide.

^g Le juge en chef Dickson a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. L'alinéa 213a) [maintenant l'al. 230a)] du *Code criminel* porte-t-il atteinte aux droits ou aux libertés garantis par l'art. 7 ou l'al. 11d), ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'al. 213a) est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

The same constitutional questions were stated in *R. v. Rodney*, [1990] 2 S.C.R. 687, heard concurrently, judgment also rendered concurrently. *R. v. Logan*, [1990] 2 S.C.R. 731, *R. v. Arkell*, [1990] 2 S.C.R. 695 and *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711, were also heard and are released concurrently with this appeal. *Logan* deals with the constitutionality of s. 21(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, *Arkell* with s. 214(5) of the *Criminal Code*, and *Luxton* with s. 214(5)(e) of the *Criminal Code*. The latter two appeals also raise the constitutionality of s. 213(a) of the *Criminal Code*, which is the focus of the present appeal.

Section 213 of the *Criminal Code* reads as follows:

213. Culpable homicide is murder where a person causes the death of a human being while committing or attempting to commit high treason or treason or an offence mentioned in section 52 (sabotage), 76 (piratical acts), 76.1 (hijacking an aircraft), 132 or subsection 133(1) or sections 134 to 136 (escape or rescue from prison or lawful custody), section 246 (assaulting a peace officer), section 246.1 (sexual assault), 246.2 (sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm), 246.3 (aggravated sexual assault), 247 (kidnapping and forcible confinement), 302 (robbery), 306 (breaking and entering) or 389 or 390 (arson), whether or not the person means to cause death to any human being and whether or not he knows that death is likely to be caused to any human being, if

(a) he means to cause bodily harm for the purpose of

- (i) facilitating the commission of the offence, or
- (ii) facilitating his flight after committing or attempting to commit the offence,

and the death ensues from the bodily harm;

(b) he administers a stupefying or overpowering thing for a purpose mentioned in paragraph (a), and the death ensues therefrom;

(c) he wilfully stops, by any means, the breath of a human being for a purpose mentioned in paragraph (a), and the death ensues therefrom; or

(d) he uses a weapon or has it upon his person

Les mêmes questions constitutionnelles ont été formulées dans le pourvoi *R. c. Rodney*, [1990] 2 R.C.S. 687, entendu en même temps que le présent pourvoi et dont le jugement est aussi rendu simultanément. Les pourvois *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731, *R. c. Arkell*, [1990] 2 R.C.S. 695 et *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711, ont aussi été entendus en même temps que le présent pourvoi et les arrêts s'y rapportant sont rendus simultanément. L'affaire *Logan* porte sur la constitutionnalité du par. 21(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, l'affaire *Arkell* sur celle du par. 214(5) du *Code criminel* et l'affaire *Luxton* sur celle de l'al. 214(5)e du *Code criminel*. Les deux derniers pourvois soulèvent aussi la constitutionnalité de l'al. 213a du *Code criminel*, sur lequel est axé le présent pourvoi.

d L'article 213 du *Code criminel* se lit:

213. L'homicide coupable est un meurtre lorsqu'une personne cause la mort d'un être humain pendant qu'elle commet ou tente de commettre une haute trahison, une trahison ou une infraction mentionnée aux articles 52 (sabotage), 76 (actes de piraterie), 76.1 (détournement d'aéronef), 132 ou au paragraphe 133(1) ou aux articles 134 à 136 (évasion ou délivrance d'une garde légale), 246 (voies de fait sur un agent de la paix), 246.1 (agression sexuelle), 246.2 (agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles), 246.3 (agression sexuelle grave), 247 (enlèvement et séquestration), 302 (vol qualifié), 306 (introduction par effraction) ou 389 ou 390 (crime d'incendie), qu'elle ait ou non l'intention de causer la mort d'un être humain et qu'elle sache ou non qu'il en résultera vraisemblablement la mort d'un être humain

a si elle a l'intention de causer des lésions corporelles aux fins

- (i) de faciliter la perpétration de l'infraction, ou
- (ii) de faciliter sa fuite après avoir commis ou tenté de commettre l'infraction,

et que la mort résulte des lésions corporelles;

b si elle administre un stupéfiant ou un soporifique à une fin mentionnée à l'alinéa **a**) et que la mort en résulte;

c si volontairement, elle arrête, par quelque moyen, la respiration d'un être humain à une fin mentionnée à l'alinéa **a**) et que la mort en résulte; ou

d si elle emploie une arme ou l'a sur sa personne

- (i) during or at the time he commits or attempts to commit the offence, or
 - (ii) during or at the time of his flight after committing or attempting to commit the offence,
- and the death ensues as a consequence.

My colleague concludes that s. 213(a) is unconstitutional because it violates ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and cannot be saved by s. 1. In his opinion, the principles of fundamental justice demand that subjective foresight of death be proven beyond a reasonable doubt before a conviction for murder can be secured. I reach a contrary conclusion on the basis that subjective foresight is not the only appropriate standard that can be applied to conform to ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. My reasons are as follows: the test of objective foreseeability of death for the crime of murder does not offend the principles of fundamental justice; this Court's decisions, including *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, do not commend such a result; the exclusive standard of subjective foresight of death for the crime of murder has found no parallel in other common law jurisdictions; and there are significant policy considerations in favour of upholding the existing legislation.

(i) pendant ou alors qu'elle commet ou tente de commettre l'infraction, ou

(ii) au cours ou au moment de sa fuite après avoir commis ou tenté de commettre l'infraction,

^a et que la mort en soit la conséquence.

Mon collègue conclut que l'al. 213a) est inconstitutionnel parce qu'il porte atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte* et qu'il ne peut être sauvé par l'article premier. À son avis, les principes de justice fondamentale exigent la preuve hors de tout doute raisonnable de la prévision subjective de mort pour qu'il y ait déclaration de culpabilité de meurtre. J'arrive à la conclusion opposée parce que, selon moi, la prévision subjective n'est pas le seul critère susceptible de respecter les dispositions de l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* pour les motifs suivants: le critère de prévisibilité objective de mort applicable au crime de meurtre ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale; la jurisprudence de notre Cour, dont l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, n'emporte pas cette conclusion; la norme exclusive de prévision subjective de mort applicable au crime de meurtre n'a d'équivalent dans aucun autre pays de common law; et il existe d'importantes considérations de principe qui militent en faveur de la confirmation de la validité des dispositions législatives existantes.

Before discussing the substantive legal issues, I wish to recall the particular facts of this case. Martineau and a friend, Tremblay, had set out one evening armed with a pellet pistol and rifle. Martineau had the pellet pistol and Tremblay had the rifle. Martineau's testimony is unclear as to when he first saw the rifle. Martineau testified that he knew that they were going to commit a crime which he thought would be a "b & e" (breaking and entering, which is one of the predicate crimes mentioned in s. 213). They forced their way into a trailer and Martineau put a quilt over the occupant, James McLean's head, and Tremblay tied his hands. The female occupant, Ann McLean, then came home and was similarly covered and bound. Martineau testified that as soon as he heard the first shot, he realized that James McLean had been shot. He then either said, or thought, "Lady, say your prayers". He did nothing

Avant de discuter des points de droit positif, il y a lieu de rappeler les faits particuliers de l'affaire. Martineau et un ami, Tremblay, se sont mis en route un soir, l'un armé d'un pistolet à air comprimé et l'autre, d'une carabine. Martineau avait le pistolet à air comprimé et Tremblay la carabine. Le témoignage de Martineau n'est pas clair quant au moment où il a aperçu la carabine pour la première fois. Martineau a témoigné qu'il savait qu'ils allaient commettre un crime qui, croyait-il, serait une introduction par effraction, l'une des infractions énumérées à l'art. 213. Ils se sont introduits par effraction dans une maison mobile et Martineau a mis un édredon sur la tête de l'occupant James McLean et Tremblay lui a ligoté les mains. Ann McLean, qui habitait aussi à cet endroit, est arrivée et a été recouverte et ligotée de la même façon. Martineau a déclaré que dès qu'il a entendu le premier coup de feu, il a

to stop his friend from proceeding further. Ann McLean was then shot and killed by Tremblay. During cross-examination, Martineau admitted that he knew James McLean had been shot before Ann McLean was shot.

Martineau's testimony did not account for some of the physical evidence in the trailer. There were bullet casings from the rifle and bullet holes showing that it had been fired more often than recounted by Martineau. There was also evidence that there were pools of blood in three rooms of the trailer and that the man had suffered a protracted beating prior to his death and was also probably dragged about.

In the trial judge's charge to the jury both s. 213(a) and (d) were reviewed and the jury was informed that if the Crown could prove the accused was a party then he would be just as guilty as if he had pulled the trigger. After explaining the meaning of aiding and abetting the trial judge proposed to the jury that they proceed in the following sequence: First, consider whether the Crown had proven guilt beyond a reasonable doubt, based upon s. 21(1)(b) and (c), and s. 213(d), with respect to both counts of murder; next, if the Crown's case did not meet that test, they were to consider s. 21(2) as it related to s. 213(d) on both counts; finally, if the Crown did not meet this onus, they were to consider s. 21(1)(a) and (b) in conjunction with s. 213(a), as they related only to the death of the female occupant, Ann McLean. The accused was convicted of two counts of second degree murder.

While s. 21 of the *Criminal Code* was included in the charge to the jury, its constitutionality is not at issue in this appeal. Section 21 reads:

- 21.** (1) Every one is a party to an offence who
 (a) actually commits it,
 (b) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it; or

réalisé que James McLean avait été atteint d'un coup de feu. Il a alors dit ou pensé [TRADUCTION] «Madame, faites vos prières». Il n'a rien fait pour empêcher son complice de continuer. Tremblay a ensuite tiré un coup de feu qui a tué Ann McLean. Au cours du contre-interrogatoire, Martineau a reconnu qu'il savait que James McLean avait été atteint d'un coup de feu avant Ann McLean.

b Martineau n'a pas explicité, lors de son témoignage, certains éléments de preuve matérielle trouvés dans la maison mobile. Des douilles vides provenant de la carabine et des trous de balle indiquaient un plus grand nombre de coups de feu que ceux mentionnés par Martineau. La preuve révèle aussi qu'il y avait des mares de sang dans trois pièces de la maison mobile et que l'homme avait été longuement battu avant sa mort et qu'il a probablement aussi été traîné d'une pièce à l'autre.

Dans ses directives au jury, le juge du procès a analysé les al. 213(a) et d) et il a informé les jurés que si le ministère public pouvait prouver que l'accusé était partie au crime, il serait aussi coupable que celui qui a appuyé sur la gâchette. Après avoir expliqué le sens d'«aider et encourager», le juge du procès a proposé au jury d'aborder les questions dans l'ordre suivant: d'abord, examiner si le ministère public a établi la culpabilité hors de tout doute raisonnable, en fonction des al. 21(1)b) et c) et de l'al. 213d), relativement aux deux chefs d'accusation de meurtre; ensuite, si le ministère public n'avait pas satisfait à ce critère, le jury devait examiner le par. 21(2) en fonction de l'al. 213d) à l'égard des deux chefs d'accusation; enfin, si le ministère public n'avait pas satisfait à ce fardeau, le jury devait examiner les al. 21(1)a) et b) conjointement avec l'al. 213a), à l'égard seulement de la mort de l'occupante Ann McLean. L'accusé a été déclaré coupable sous deux chefs d'accusation de meurtre au deuxième degré.

Bien que l'art. 21 du *Code criminel* ait été mentionné dans les directives du juge au jury, sa constitutionnalité n'est pas ici en débat. L'article 21 se lit ainsi:

- 21.** (1) Est partie à une infraction quiconque
 a) la commet réellement,
 b) accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre, ou

(c) abets any person in committing it.

(2) Where two or more persons form an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein and any one of them, in carrying out the common purpose, commits an offence, each of them who knew or ought to have known that the commission of the offence would be a probable consequence of carrying out the common purpose is a party to that offence.

The accused's appeal from his convictions was first heard exclusively on grounds relating to the trial judge's charge to the jury. The Court of Appeal (1988), 61 Alta. L.R. (2d) 264, found that the judge's charge to the jury was appropriate given the state of the law at the time of trial. However, following this Court's decision in *Vail-lancourt*, a re-hearing was ordered. As a result of *Vail-lancourt*, s. 213(d) had been rendered unconstitutional. It failed to meet the objective foreseeability of death test for the crime of murder. Therefore, only the third component of the trial judge's instructions, s. 213(a) as it applies to the killing of Ann McLean, remains to be examined.

I would like to point out that the invocation of s. 213(a) may not have been necessary. In my view, "Lady, say your prayers", whether it was actually said or thought, reflects a mental state of mind sufficient to anchor a charge under s. 212(a), the only truly subjective foresight murder provision of the *Criminal Code*:

212. Culpable homicide is murder

(a) where the person who causes the death of a human being

(i) means to cause his death, or

(ii) means to cause him bodily harm that he knows is likely to cause his death, and is reckless whether death ensues or not;

However, the prosecution chose to proceed under s. 213(a), and the trial judge charged the jury accordingly. Hence, the necessity to deal with this provision here.

My colleague has chosen to introduce subjective foresight of death as the exclusive standard for the

c) encourage quelqu'un à la commettre.

(2) Quand deux ou plusieurs personnes forment ensemble le projet de poursuivre une fin illégale et de s'y entraider et que l'une d'entre elles commet une infraction en réalisant cette fin commune, chacune d'elles qui savait ou devait savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction, est partie à cette infraction.

b L'audition de l'appel interjeté par l'accusé contre ses déclarations de culpabilité a d'abord porté uniquement sur les directives du juge au jury. La Cour d'appel (1988), 61 Alta. L.R. (2d) 264, a conclu que ces directives étaient adéquates compte tenu de l'état du droit au moment du procès. Cependant, subséquemment à larrêt *Vail-lancourt* de notre Cour qui a déclaré l'al. 213d) inconstitutionnel, la Cour d'appel a ordonné une nouvelle audition. Selon cet arrêt, cet alinéa ne respectait pas le critère de prévisibilité objective de mort, applicable au crime de meurtre. En conséquence, seule la troisième partie des directives du juge au jury, qui porte sur l'application de l'al. 213a) à l'assassinat d'Ann McLean, est ici en litige.

f Je ne suis pas certaine qu'en l'espèce le recours à l'al. 213a) ait été réellement nécessaire. À mon avis, peu importe que la phrase [TRADUCTION] «Madame, faites vos prières» ait été réellement dite ou seulement pensée, elle reflète un état d'esprit suffisant pour justifier une accusation en vertu de l'al. 212a), la seule disposition en matière de meurtre du *Code criminel* qui porte sur la prévision subjective de la mort:

212. L'homicide coupable est un meurtre

h a) lorsque la personne qui cause la mort d'un être humain

(i) a l'intention de causer sa mort, ou

(ii) a l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'elle sait être de nature à causer sa mort, et qu'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non;

i Le ministère public a toutefois choisi de procéder en vertu de l'al. 213a) et le juge du procès a donné des directives au jury en conséquence, d'où la nécessité d'examiner cette disposition.

j Mon collègue a choisi d'introduire la notion de prévision subjective de la mort comme la seule

crime of murder. In his view, anything short of that requirement would render a provision constitutionally infirm. Given this inauguration in the criminal law, it may be helpful to discuss both the distinction and the interrelationship between subjective foresight and objective foreseeability.

I. Subjective Foresight v. Objective Foreseeability

b By definition, a standard of subjective foresight to ground criminal responsibility dictates that:

... the trier of fact must determine what was actually going on in the mind of this particular accused at the time in question. This is variously stated as a requirement of awareness, conscious thought, advertence or simply a requirement that the person was actually thinking.

What is vital is that *this accused* given his personality, situation and circumstances, actually intended, knew or foresaw the consequence and/or circumstance as the case may be. [Stuart, *Canadian Criminal Law* (2nd ed. 1987), at pp. 121, 123.]

In *The Common Law*, Holmes discussed objective foreseeability, at pp. 53-54, as follows:

If the known present state of things is such that the act done will very certainly cause death, and the probability is a matter of common knowledge, one who does the act, knowing the present state of things, is guilty of murder, and the law will not inquire whether he did actually foresee the consequences or not. The test of foresight is not what this very criminal foresaw, but what a man of reasonable prudence would have foreseen. [Emphasis added.]

Gordon, "Subjective and Objective Mens Rea", [1975] 17 *Crim. L.Q.* 355, at p. 359, not only discusses distinctions between subjective foresight and objective foreseeability, but also the interrelationship between them:

... what is important in the context of proof of *mens rea* is that certain objective descriptions of actions are in themselves descriptions of intentional actions, so that once the Crown has proved what happened they have established their case, and need not go on to prove

norme applicable au crime de meurtre. À son avis, tout ce qui ne satisfait pas à cette exigence rend une disposition constitutionnellement invalide. En raison de cette innovation en droit criminel, il me semble utile de faire état à la fois de la distinction et de la corrélation qui existent entre prévision subjective et prévisibilité objective.

I. La prévision subjective et la prévisibilité objective

Par définition, une norme de prévision subjective qui entraînerait une responsabilité criminelle exige que:

c [TRADUCTION] ... le juge des faits détermine ce qui s'est effectivement passé dans l'esprit de l'accusé lui-même au moment en cause. Cette situation est énoncée de diverses façons comme une exigence de prise de conscience, de pensée consciente, d'attention ou simplement une exigence que la personne ait réellement pensé.

Ce qui importe c'est que *cet accusé*, compte tenu de sa personnalité, de sa situation et des circonstances, ait réellement, voulu, connu et prévu la conséquence ou la circonference, ou les deux à la fois, selon le cas. [Stuart, *Canadian Criminal Law* (2^e éd. 1987), aux pp. 121 et 123.]

Dans son ouvrage *The Common Law*, Holmes parle de la prévisibilité objective dans les termes suivants, aux pp. 53 et 54:

[TRADUCTION] Si l'état actuel connu des choses fait que l'acte accompli causera très certainement la mort et que cette probabilité est de notoriété publique, celui qui accomplit cet acte, tout en connaissant l'état actuel des choses, est coupable de meurtre et la loi ne se demandera pas s'il a réellement prévu ces conséquences. Le critère de prévision n'est pas ce que cet accusé même a prévu, mais ce qu'une personne raisonnablement prudente aurait prévu. [Je souligne.]

Gordon, dans «Subjective and Objective Mens Rea», [1975] 17 *Crim. L.Q.* 355, à la p. 359, examine non seulement les différences entre la prévision subjective et la prévisibilité objective, mais également la corrélation qui existe entre les deux:

[TRADUCTION] ... il importe, dans le cadre de la preuve de la *mens rea*, que certaines descriptions objectives d'actes constituent en soi des descriptions d'actes intentionnels, de sorte que dès que le ministère public a fait la preuve de ce qui s'est passé, il a établi sa preuve et il n'a

separately the existence of some particular event or condition in the agent's mind. In these cases proof of the external behaviour is proof that he was acting intentionally; his only defence, unless of course he can show he was not a voluntary agent, is to show that the objective description offered by the Crown is incorrect, by producing witnesses who described as an accident what the Crown witnesses described as intentional, by showing, e.g., that he did not push the victim but accidentally fell against him. [Emphasis added.]

Furthermore, at p. 368:

We resort to the reasonable man in an endeavour to make it possible for the Crown to prove *mens rea*. We stress that the reasonable man is only a tool to help us discover the accused man's state of mind; that the law goes no further than to entitle the jury to apply this tool to conclude that the accused had the *mens rea* of the reasonable man; and that they are not obliged so to conclude. But very often we have nothing other than the reasonable man to guide us, so the difference between the position I have just described, and a rule that the accused may be held to have acted with a particular intent, if any reasonable man must have had that intent, is not a real one. [Emphasis added.]

Mewett & Manning, *Criminal Law* (2nd ed. 1985) also addresses the association between subjective foresight and objective foreseeability. When assessing the accused's own state of mind, certain inferences may be drawn from the circumstances surrounding the event at issue. As they point out at p. 138:

[The question becomes] whether this is really an objective test or is merely a disguised evidentiary technique for determining what the accused actually foresaw. If the accused were to say that he did not anticipate events that a reasonable man, given the facts as actually appreciated by the accused, would have anticipated, one may wonder whether the jury would have any difficulty in finding that the accused "must have" anticipated them, thus finding not only that a reasonable man would have anticipated them but that the accused actually did anticipate them in spite of what he says.

As Gordon, *supra*, expressed it, at p. 371:

... what is more likely to happen, is that the innocent man will be so nervous and unskilled that he will make a

pas à établir de preuve distincte de l'existence d'un événement ou d'un état d'esprit particulier de l'auteur de l'acte. Dans ces cas, la preuve du comportement extérieur constitue la preuve que l'accusé a agi intentionnellement; son seul moyen de défense, à moins bien sûr qu'il ne puisse prouver que son acte n'était pas intentionnel, est de démontrer que la description objective présentée par le ministère public est inexacte en faisant comparaître des témoins qui décrivent comme un accident ce que les témoins à charge ont décrit comme un acte intentionnel en démontrant, par exemple, qu'il n'a pas bousculé la victime, mais que celle-ci est tombée accidentellement sur lui. [Je souligne.]

Il ajoute, à la p. 368:

c Nous avons recours au critère de la personne raisonnable afin qu'il soit possible au ministère public de prouver la *mens rea*. Nous soulignons que le critère de la personne raisonnable n'est qu'un moyen qui nous aide à découvrir l'état d'esprit de l'accusé, que la loi ne fait rien de plus qu'autoriser le jury à utiliser ce moyen pour conclure que l'accusé avait la *mens rea* d'une personne raisonnable, et que les jurés ne sont pas tenus d'arriver à cette conclusion. Mais, très souvent, nous n'avons rien d'autre que le critère de la personne raisonnable pour nous guider, de sorte qu'il n'y a pas vraiment de différence entre le point de vue que je viens de décrire et une règle selon laquelle on peut conclure que l'accusé a agi dans une intention précise, si une personne raisonnable avait nécessairement eu cette intention. [Je souligne.]

f Mewett et Manning, *Criminal Law* (2^e éd. 1985) parlent aussi de l'association entre la prévision subjective et la prévisibilité objective. Au moment de déterminer l'état d'esprit de l'accusé, il est possible de tirer certaines conclusions des circonstances entourant l'événement en cause. Ils soulignent, à la p. 138:

h [TRADUCTION] [Il s'agit de savoir] si c'est vraiment un critère objectif ou simplement une technique dissimulée de preuve pour établir ce que l'accusé a réellement prévu. Si l'accusé devait soutenir qu'il n'a pas prévu les événements qu'une personne raisonnable aurait prévus, compte tenu des circonstances dont était vraiment conscient l'accusé, on peut se demander si les jurés auraient de la difficulté à conclure que l'accusé «doit les avoir» prévus et conclure ainsi non seulement qu'une personne raisonnable les auraient prévus, mais que l'accusé les aurait vraiment prévus malgré ses affirmations.

j Gordon, précité, affirme à la p. 371:

[TRADUCTION] ... ce qui risque le plus de se produire, c'est que la personne innocente sera si nerveuse et si

bad witness, while the man the jury believes will be the plausible psychopath. One of the problems of an excessively "subjective" approach is that it is likely to feed what I often fear is an unfounded conceit in our ability to gauge a witness' truthfulness by his demeanor.

Gordon feels that the ultimate distinction is a "moral" one. In some instances, the subjective failure to foresee certain consequences of one's criminal activity may merit greater public opprobrium than the assumption of a foreseen calculated risk of death. This recognition warrants a classification whereby flagrant callous, ruthless, or selfish acts causing death, perpetrated by one whose purpose is already criminal, will be treated more harshly than a mere accidental killing. As Gordon explains at pp. 389-90:

If, then, it is appropriate to classify certain forms of unintentional killing in a way which distinguishes them from grossly negligent killing, what should be the basis of the classification? Well, the main purpose of the classification, perhaps the only purpose since the disappearance of capital punishment, is stigmatization, and the basis of the classification should be, simply, moral guilt.... We should distinguish the most heinous, from the not quite so bad, and from the merely venial. And the assessment of moral guilt depends on a view of the whole circumstances, and not on the distinction between the presence or absence of a particular mental event such as the foresight and acceptance of a risk.

... any realistic approach to the problem must recognize that what is ultimately in issue is the community's moral judgment on the accused's behaviour, and not the satisfaction of a legal formula. [Emphasis added.]

The above analysis indicates that tests of subjective foresight and objective foreseeability cannot be seen as static or distinct concepts. They are certainly not mutually exclusive. In most instances, and certainly in those limited circumstances delineated by s. 213(a), discussed below, death will be both objectively and subjectively foreseeable. There is a profound interrelationship between the two, especially when dealing with a

maladroite qu'elle constituera un mauvais témoin alors que la personne que les jurés croiront sera le psychopathe aux belles paroles. Un des problèmes suscité par une méthode excessivement «subjective» tient à ce qu'une telle méthode est susceptible de donner lieu à ce qui, je le crains souvent, constitue une affectation sans fondement de la véracité d'un témoin par son comportement.

Gordon estime que la distinction ultime est «morale». Dans certains cas, l'omission subjective de prévoir certaines conséquences de ses actions criminelles justifie une plus grande réprobation sociale que le fait de prendre un risque calculé de causer la mort. La reconnaissance de cette distinction justifie une classification où les actes flagrants, impitoyables, cruels ou égoïstes qui causent la mort, perpétrés par quelqu'un qui a déjà une intention criminelle, seront traités plus sévèrement qu'un homicide purement accidentel. Gordon explique, aux pp. 389 et 390:

[TRADUCTION] S'il convient de classer certaines formes d'homicide non intentionnel d'une façon qui les distingue de l'homicide par négligence coupable, sur quoi devrait se fonder cette classification? Eh bien, le but principal de cette classification, et peut-être son unique objet depuis l'abolition de la peine capitale, est la stigmatisation, et seule la culpabilité morale devrait servir de fondement à cette classification. [...] Nous devrions distinguer les homicides les plus odieux, de ceux qui ne le sont pas autant et de ceux qui sont simplement véniables. De plus, la détermination de la culpabilité morale dépend de l'évaluation de toutes les circonstances et non de la distinction entre la présence ou l'absence d'un événement moral tel que la prévision ou l'acceptation d'un risque.

... toute façon réaliste d'aborder le problème doit reconnaître que ce qui est en cause finalement, c'est le jugement moral par la collectivité du comportement de l'accusé plutôt que la correspondance à une formule légale. [Je souligne.]

L'analyse ci-dessus indique qu'on ne peut considérer les critères de prévision subjective et de prévisibilité objective comme des concepts immuables ou distincts. Ils ne sont certainement pas mutuellement exclusifs. Dans la plupart des cas, et certainement dans les circonstances limitées exposées à l'al. 213a) dont je discute ci-après, la mort est à la fois objectivement et subjectivement prévisible. Il existe une corrélation profonde entre les

crime committed during the execution of a predicate crime. The validity of a provision should not be evaluated on a strict "either-or" approach, and a fastidious adherence to prescribed labels becomes particularly obdurate when gauging the constitutionality of Parliamentary legislation.

II. R. v. Vaillancourt

My colleague suggests that *Vaillancourt* bears potently upon the present appeal. However, *Vaillancourt* settled only two legal questions, and this critical feature of the decision must be kept in mind before it is applied to any subsequent holdings of this Court. First, *Vaillancourt* established a standard of objective foreseeability of death for the crime of murder. Second, the decision only disposed of s. 213(d) of the *Criminal Code*, and no other. Any discussion relating to subjective standards or to the constitutional survival of any other provisions was strictly *obiter*. Furthermore, to the extent that such discussion did take place, it did so only in one of the four separate opinions rendered.

The facts themselves in *Vaillancourt* negated *mens rea* as *Vaillancourt* testified that, at the time of the robbery during which the killing occurred, he was convinced that his accomplice's gun was unloaded. He had agreed to commit the robbery on the condition that only knives were to be used as weapons. When his accomplice arrived with a gun, *Vaillancourt* insisted that the bullets be removed, and he subsequently placed these bullets in a glove which was later recovered by the police at the scene and produced at trial. Given these facts, it seems unlikely that *Vaillancourt*, or any reasonable person in his position, had reason to foresee that anyone would be killed in the course of the robbery. Unlike the accused in the present appeal, *Vaillancourt* could not have been prosecuted under any provision except for s. 213(d). Section 213(d) did not impose the stringent criteria that must be proven before a conviction under s.

^a See *R. v. Martineau*, *L'Heureux-Dubé J.* at 658-659.

deux, surtout lorsqu'il s'agit d'un crime commis pendant la perpétration d'un des actes criminels énumérés. La validité d'une disposition n'est pas fonction d'une analyse strictement dichotomique et l'adhésion scrupuleuse à des étiquettes stéréotypées peut s'avérer trop inflexible lorsqu'il s'agit de juger de la constitutionnalité d'une mesure législative sanctionnée par le Parlement.

II. R. c. Vaillancourt

Mon collègue suggère que l'arrêt *Vaillancourt* influence fortement l'issue du présent pourvoi. Cependant, l'arrêt *Vaillancourt* n'a réglé que deux questions de droit et cet aspect essentiel de l'arrêt doit être souligné avant de l'appliquer à toute décision ultérieure de notre Cour. Premièrement, l'arrêt *Vaillancourt* a établi une norme de prévisibilité objective de la mort, applicable au crime de meurtre. Deuxièmement, la Cour y a statué uniquement sur l'al. 213d) du *Code criminel* et sur rien d'autre. Toute discussion sur les normes subjectives et sur la survie constitutionnelle de toute autre disposition est strictement *obiter*. De plus, dans la mesure où on en a discuté, une seule des quatre opinions distinctes en fait mention.

Dans l'arrêt *Vaillancourt*, les faits mêmes révélaient l'absence de *mens rea* puisque *Vaillancourt* avait témoigné qu'au moment du vol qualifié pendant lequel l'homicide a été commis, il était convaincu que l'arme à feu de son complice n'était pas chargée. Il avait accepté de commettre le vol à la condition d'utiliser seulement des couteaux comme armes. Quand son complice s'est présenté avec une arme à feu, *Vaillancourt* a insisté pour que les balles en soient retirées; il a, par la suite, placé ces balles dans un gant que la police a plus tard découvert sur les lieux du crime et produit en preuve lors du procès. Compte tenu de ces faits, il paraît peu probable que *Vaillancourt*, ou toute personne raisonnable dans la même situation, ait eu des motifs de prévoir que quelqu'un serait tué pendant la perpétration du vol qualifié. À la différence de l'accusé dans le présent pourvoi, *Vaillancourt* n'aurait pu être poursuivi en vertu d'aucune autre disposition que l'al. 213d). L'alinéa 213d) n'imposait pas les critères stricts qui doivent être prouvés pour qu'une déclaration de culpabilité puisse être prononcée en vertu de l'al. 213a). Selon

213(a) can be secured. Under section 213(d), death caused by the commission of any of the crimes listed in s. 213 was murder, if

213. . .

(d) [the offender] uses a weapon or has it upon his person

(i) during or at the time he commits or attempts to commit the offence, or

(ii) during or at the time of his flight after committing or attempting to commit the offence,

and the death ensues as a consequence.

Admittedly, under this definition, an offender could theoretically be convicted for murder while only minimally to blame for causing death. No intention to injure, physically impair, or to even use a weapon was required. Under section 213(d), anyone who resisted a police officer during the course of an arrest, and happened to have a weapon on his person which accidentally discharged causing death, would be labelled a murderer. No intentional use of the weapon in any fashion was required.

In *Vaillancourt*, Lamer J. (as he then was) determined, at p. 654, that:

... it is a principle of fundamental justice that, absent proof beyond a reasonable doubt of at least objective foreseeability, there surely cannot be a murder conviction.

Furthermore, my colleague's specific displeasure with s. 213(d) emanated from the possibility that a jury could convict in the shadow of "a reasonable doubt as to whether the accused ought to have known that death was likely to ensue", at p. 657:

... if Parliament frames the section so that, upon proof of the conduct, it would be unreasonable for a jury not to conclude beyond a reasonable doubt that the accused ought to have known that death was likely to ensue, then I think that Parliament has enacted a crime which is tantamount to one which has objective foreseeability as an essential element, and, if objective foreseeability is sufficient, then it would not be in violation of s. 7 or s. 11(d) in doing so in that way. [Emphasis added].

l'al. 213d), la mort causée pendant la perpétration de l'un des crimes énumérés à l'art. 213 est un meurtre

213. . .

d) si [le délinquant] emploie une arme ou l'a sur sa personne

(i) pendant ou alors qu'[il] commet ou tente de commettre l'infraction, ou

(ii) au cours ou au moment de sa fuite après avoir commis ou tenté de commettre l'infraction,

et que la mort en soit la conséquence.

Certes, en vertu de cette définition, un accusé pouvait théoriquement être déclaré coupable de meurtre malgré qu'il ne puisse être que légèrement à blâmer pour avoir causé la mort. Il n'était pas nécessaire d'avoir eu l'intention de causer des blessures, d'infliger des lésions corporelles, ni même d'utiliser une arme. En vertu de l'al. 213d), qui-conque résistait à un policier lors de son arrestation pouvait être qualifié de meurtrier s'il avait en sa possession une arme à feu qui s'était déchargée accidentellement et avait causé la mort. Il n'était nullement nécessaire d'avoir eu l'intention d'utiliser une arme.

Dans l'arrêt *Vaillancourt*, le juge Lamer (tel était alors son titre) a statué, à la p. 654 que:

... c'est un principe de justice fondamentale qu'en l'absence d'une preuve hors de tout doute raisonnable d'au moins une prévisibilité objective, il ne peut sûrement pas y avoir de déclaration de culpabilité de meurtre.

De plus, la difficulté particulière que mon collègue éprouvait quant à l'al. 213d) découlait de la possibilité qu'un jury puisse prononcer une déclaration de culpabilité même s'il pouvait exister «un doute raisonnable que l'accusé aurait dû savoir que la mort était susceptible de s'ensuivre». Il écrit, à la p. 657:

... si le législateur formule la disposition de manière que, une fois établie l'existence de la conduite, il serait déraisonnable que le jury ne conclue pas hors de tout doute raisonnable que l'accusé aurait dû savoir que la mort était susceptible de s'ensuivre, alors j'estime qu'il crée un crime dont la prévisibilité objective constitue un élément essentiel et, si cette prévisibilité objective est suffisante, alors il ne viole pas l'art. 7 ni l'al. 11d) en le faisant de cette manière. [Je souligne.]

Hence the proposed test is whether the *mens rea* requirement under s. 213(d) was such that it must be apparent to the reasonable person in similar circumstances that death was likely to ensue. This *mens rea* requirement is an essential element that the Crown must prove beyond a reasonable doubt, at p. 656:

... the legislature, rather than simply eliminating any need to prove the essential element, may substitute proof of a different element. In my view, this will be constitutionally valid only if upon proof beyond reasonable doubt of the substituted element it would be unreasonable for the trier of fact not to be satisfied beyond reasonable doubt of the existence of the essential element.

Section 213(d) could not meet that test. Section 213(a) does. Section 213(d) had substituted proof of a different element in a manner that could leave a jury in doubt as to the objective foreseeability of the likelihood that death would be caused. Proof beyond a reasonable doubt of objective foreseeability of death was replaced with proof beyond a reasonable doubt of the intention to commit or attempt to commit one of the enumerated predicate crimes, coupled with the intent to use a weapon or have it upon one's person.

In *Vaillancourt*, Lamer J. found that this was an invalid substitution, and that the objective foreseeability test was not met. He also made *obiter* remarks, at p. 654, to the effect that:

I am presently of the view that it is a principle of fundamental justice that a conviction for murder cannot rest on anything less than proof beyond a reasonable doubt of subjective foresight.

This notion of "subjective mental element" from the reasons of Lamer J. in *Vaillancourt* is neither constitutionally mandated nor necessitated by elemental principles of the criminal law. The insistence on a subjective foresight requirement was not germane to the decision in *Vaillancourt*. The *obiter* statements were endorsed by only four of the eight Justices who participated in *Vaillancourt*. Beetz J. (for himself and Le Dain J.), at p. 661, held that:

... I do not find it necessary to decide whether there exists a principle of fundamental justice that a convic-

D'où le test proposé que la *mens rea* à l'al. 213d) soit telle qu'il doive être manifeste pour une personne raisonnable placée dans une situation semblable que la mort est susceptible de s'ensuivre.

a Cette exigence de *mens rea* est un élément essentiel que le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable (à la p. 656):

b ... au lieu d'éliminer simplement la nécessité de faire la preuve d'un élément essentiel, le législateur peut remplacer cela par la preuve d'un élément différent. À mon sens, cela ne sera constitutionnel que si après que l'on a prouvé hors de tout doute raisonnable l'existence de l'élément ainsi substitué, il serait déraisonnable que le juge des faits ne soit pas convaincu hors de tout doute raisonnable de l'existence de l'élément essentiel.

d L'alinéa 213d) ne pouvait pas satisfaire à ce critère. L'alinéa 213a), lui, y satisfait. L'alinéa 213d) substituait la preuve d'un élément différent de façon à laisser le jury dans le doute quant à la prévisibilité objective de la probabilité que la mort s'ensuive. La preuve hors de tout doute raisonnable de la prévisibilité objective de la mort était remplacée par la preuve hors de tout doute raisonnable de e l'intention de commettre ou de tenter de commettre l'un des crimes énumérés, jointe à celle d'utiliser une arme ou de l'avoir sur sa personne.

f Dans l'arrêt *Vaillancourt*, le juge Lamer a conclu que c'était une substitution invalide qui ne satisfaisait pas au critère de prévisibilité objective. Il a aussi écrit en *obiter*, à la p. 654:

g Je suis présentement d'avis qu'en vertu d'un principe de justice fondamentale la déclaration de culpabilité de meurtre ne saurait reposer sur quelque chose de moins que la preuve hors de tout doute raisonnable de la prévision subjective.

i La notion «d'élément moral subjectif» qui appert des motifs du juge Lamer dans l'arrêt *Vaillancourt* n'est pas constitutionnellement requise et ne relève pas nécessairement des principes élémentaires du droit criminel. L'insistance sur l'exigence d'une prévision subjective ne fait pas partie de la *ratio decidendi* de l'arrêt *Vaillancourt*. Ces *obiter* n'ont eu l'aval que de quatre des huit juges qui ont participé à l'arrêt *Vaillancourt*. Le juge Beetz (s'exprimant en son propre nom et en celui du juge Le Dain) dit, à la p. 661:

j ... je ne juge pas nécessaire de déterminer s'il existe un principe de justice fondamentale portant qu'une déclara-

tion for murder cannot rest on anything less than proof beyond a reasonable doubt of subjective foresight.

La Forest J. held at p. 665 that:

... the principles of fundamental justice require a *mens rea* reflecting the particular nature of that crime, namely one referable to causing death. In addition to the intention to cause death, this can include a closely related intention such as intention to cause bodily harm likely to result in death combined with recklessness as to that result. [Emphasis added.]

McIntyre J. dissented, and quoted Martin J.A. in *R. v. Munro and Munro* (1983), 8 C.C.C. (3d) 260, that the required *mens rea* element "is a matter for Parliament and not for the courts".

The other four Justices also exercised deliberate prudence to address only s. 213(d), and not speak to the other paragraphs under s. 213. As La Forest J. held at p. 665:

It is sufficient to say that the mental element required by s. 213(d) of the *Criminal Code* is so remote from the intention specific to murder ... that a conviction under that paragraph violates fundamental justice. All the provision requires is an intention to commit another crime and to possess a weapon while carrying out this intention or in fleeing afterwards. The provision is so broad that under it a person may be found guilty of murder even though the death was the result of an accident. [Emphasis added.]

Beetz J., for himself and Le Dain J., held at p. 661:

I agree that s. 213(d) of the *Criminal Code* does not conform to the principles of fundamental justice [Emphasis added.]

Recognizing the difference between the two provisions, the discussion of s. 213(a) was reserved for a later day. Today is that day.

III. Section 213(a) of the *Criminal Code*

Vaillancourt held that s. 213(d) of the *Criminal Code* violated ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and could not be saved by s. 1. Section 213(a) of the *Criminal Code* is completely different—in its historical develop-

tion de culpabilité de meurtre ne saurait reposer sur quelque chose de moins que la preuve hors de tout doute raisonnable d'une prévision subjective.

Le juge La Forest observe, à la p. 665:

... les principes de justice fondamentale exigent une *mens rea* qui reflète la nature particulière de ce crime, savoir une qui se rapporte au fait de causer la mort. Outre l'intention de causer la mort, cela peut inclure une intention très proche comme celle de causer des lésions corporelles de nature à causer la mort, sans se soucier que la mort en résulte ou non. [Je souligne.]

Le juge McIntyre, dissident, a cité les propos du juge Martin de la Cour d'appel, dans l'affaire *R. v. Munro and Munro* (1983), 8 C.C.C. (3d) 260, portant que l'élément de *mens rea* nécessaire [TRA-DUCTION] «est une question qui relève du législateur et non des tribunaux».

^a Les quatre autres juges ont fait montre d'une prudence délibérée en ne traitant que de l'al. 213d) sans aborder les autres alinéas de l'art. 213. Ainsi, le juge La Forest affirme, à la p. 665:

^e Il suffit de dire que l'élément moral requis par l'al. 213d) du *Code criminel* est si éloigné de l'intention spécifique de commettre un meurtre [...] qu'une déclaration de culpabilité rendue en vertu de cet alinéa est contraire à la justice fondamentale. Tout ce qu'exige cette disposition, c'est l'intention de commettre un autre crime et d'être muni d'une arme en mettant à exécution cette intention ou en s'ensuyant après coup. La disposition est de portée si générale qu'elle permet de déclarer une personne coupable de meurtre même si la mort a été causée accidentellement. [Je souligne.]

^g Le juge Beetz, en son propre nom et en celui du juge Le Dain, déclare, à la p. 661:

^h ... je suis d'accord pour dire que l'al. 213d) du *Code criminel* n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale ... [Je souligne.]

Reconnaissant la différence entre les deux dispositions, l'étude de l'al. 213a) a été reportée à plus tard. Ce moment est maintenant arrivé.

III. L'alinéa 213a) du *Code criminel*

L'arrêt Vaillancourt a décidé que l'al. 213d) du *Code criminel* violait l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'il ne pouvait pas être sauvegardé par l'article premier. L'alinéa 213a) du *Code criminel* est complètement

ment, in its consistency with the objective foreseeability of death test established in *Vaillancourt*, and in the parallel provisions adopted in other common law jurisdictions.

(a) *Historical Background*

The historical background to s. 213(a) reveals that it must be analyzed in a fundamentally different manner than s. 213(d). The language of s. 213(a) can be traced as far back as Coke, *The Third Part of the Institutes of the Laws of England* (6th ed. 1680), where at p. 47, murder was defined as the killing of any human "with malice forethought, either expressed by the party, or implied by Law". By the early part of the nineteenth century the rule had crystallized: if during the commission of an unrelated felony the perpetrator unintentionally killed someone, he was guilty of murder and not merely manslaughter: Archbold, *Pleading and Evidence* (1822). The British Parliamentary Papers "Criminal Law" 1879, vol. 6, stated at pp. 468-70:

For practical purposes we can make no distinction between a man who shoots another through the head, expressly meaning to kill him, a man who strikes another a violent blow with a sword, careless whether he dies of it or not, and a man who, intending for some object of his own, to stop the passage of a railway train, contrives an explosion of dynamite or gunpowder under the engine, hoping indeed that death may not be caused, but determined to effect his purpose whether it is so caused or not.

The equivalent of section 213(a), (b), and (c) [now s. 230(a), (b), (c)] was incorporated as part of Canada's first *Criminal Code* in 1892. Paragraph (d) did not exist, nor had it even been recommended by any of the Commissioners' Reports. It did not appear until 55 years later, in the 1947 version of the *Criminal Code*. It represented an attempt by Parliament to reverse this Court's decision in *R. v. Hughes* (1942), 78 C.C.C. 257, that homicide committed by the accidental discharge of a firearm by an accused during a robbery does not amount to murder. One writer has commented that this new amendment was

différent tant sur le plan de son évolution historique et de sa compatibilité avec le critère de la prévisibilité objective de mort établi dans l'arrêt *Vaillancourt*, que sur celui des dispositions semblables adoptées dans d'autres pays de common law.

a) *Historique*

L'historique de l'al. 213a) révèle qu'il doit être analysé d'une façon fondamentalement différente de l'al. 213d). La formulation de l'al. 213a) remonte aussi loin dans le temps que l'ouvrage de Coke, *The Third Part of the Institutes of the Laws of England* (6^e éd. 1680), qui définit, à la p. 47, le meurtre comme un homicide [TRADUCTION] «avec préméditation exprimée par la partie ou implicite en vertu de la Loi». Dès le début du dix-neuvième siècle, la règle s'était cristallisée: si, au cours de la perpétration d'une infraction majeure quelconque, l'auteur de l'infraction tuait quelqu'un sans le vouloir, il était coupable de meurtre et non de simple homicide involontaire coupable: Archbold, *Pleading and Evidence* (1822). Dans le document du Parlement britannique intitulé «Criminal Law» 1879, vol. 6, aux pp. 468 à 470, on affirme que:

[TRADUCTION] Pour des raisons pratiques, nous ne pouvons faire de différence entre celui qui tire quelqu'un d'autre à la tête dans l'intention de le tuer, celui qui assène à quelqu'un un violent coup d'épée, sans se soucier si sa victime mourra ou non, et celui qui, dans un dessein particulier, veut provoquer l'arrêt d'un train et qui, pour le faire, provoque une explosion de dynamite ou de poudre à canon sous la locomotive, espérant en fait ne pas causer de perte de vie, mais résolu à réaliser son dessein qu'il en cause ou non.

Les dispositions correspondant aux al. 213a), b) et c) [maintenant les al. 230a), b) et c)] ont été incluses dans le premier *Code criminel* du Canada, en 1892. L'alinéa d) n'existe pas, ni n'a même jamais été recommandé par les rapports des Commissaires. Il n'est apparu que 55 ans plus tard, dans la version de 1947 du *Code criminel*. Il représentait une tentative du Parlement d'infirmer l'arrêt de notre Cour *R. v. Hughes* (1942), 78 C.C.C. 257, selon lequel l'homicide commis par la décharge accidentelle d'une arme à feu au cours d'un vol qualifié ne constituait pas un meurtre. Un auteur a en effet souligné que cette nouvelle modi-

indeed a "strange bedfellow" when compared to the rest of s. 213: Edwards, "Constructive Murder in Canadian and English Law" (1959), 3 *Crim. L.Q.* 481, at p. 491.

Section 213(a) is much more restrictive than the common law rule. The bodily harm inflicted by the perpetrator must have been done for the purpose of facilitating the commission of the offence or the subsequent flight of the offender. Furthermore, only a narrowly circumscribed list of predicate criminal offences can trigger the application of the section. Under the old common law rule, a killing in the midst of any felony would support a charge of murder.

Admittedly, up until the 1955 version of the *Criminal Code*, culpable homicide was murder if the accused meant to inflict "grievous" bodily harm for the purpose of facilitating the commission of the underlying offence or flight from it. For "grievous bodily harm", the injury did not have to be "either permanent or dangerous, if it be such as seriously to interfere with comfort or health, it is sufficient": *R. v. Ashman* (1858), 1 F. & F. 88, 175 E.R. 638; *R. v. Archibald* (1898), 4 C.C.C. 159 (Ont. H.C.); *R. v. Bottrell* (1981), 60 C.C.C. (2d) 211 (B.C.C.A.).

The common law definition of "bodily harm" has been substantially incorporated in s. 245.1(2) of the *Criminal Code*, and means "any hurt or injury to the complainant that interferes with the health or comfort of the complainant and that is more than merely transient or trifling". As Laycraft C.J. pointed out at the Court of Appeal, at p. 277:

The addition of the word "grievous" to the term merely added the connotation of "serious"; in neither case would the injury necessarily be life threatening.

Senator Hayden, who had served on the committee considering the amended *Code* in 1953, explained in the Proceedings of the Standing Com-

fication constituait une [TRADUCTION] «drôle d'association» compte tenu des autres alinéas de l'art. 213: Edwards, «Constructive Murder in Canadian and English Law» (1959), 3 *Crim. L.Q.* 481, à la p. 491.

L'alinéa 213a) est beaucoup plus restrictif que la règle de common law. L'infliction de lésions corporelles par l'auteur de l'infraction doit avoir eu pour objet de faciliter la perpétration de l'infraction ou la fuite de son auteur après qu'il l'eut commise. De plus, seul un nombre restreint d'infractions criminelles y énumérées donne lieu à l'application de cet alinéa. En vertu de l'ancienne règle de common law, l'homicide commis à l'occasion de toute infraction majeure justifiait une accusation de meurtre.

Il est vrai que, jusqu'à la version de 1955 du *Code criminel*, l'homicide coupable était un meurtre si l'accusé avait eu l'intention d'infliger des lésions corporelles «graves» dans le but de faciliter la perpétration de l'infraction sous-jacente ou sa fuite après l'avoir commise. Pour constituer des «lésions corporelles graves», il n'était pas nécessaire que la blessure soit «permanente ou mette la vie en danger, il suffisait qu'elle représente un inconvenient grave pour le bien-être ou la santé d'une personne»: *R. v. Ashman* (1858), 1 F. & F. 88, 175 E.R. 638, *R. v. Archibald* (1898), 4 C.C.C. 159 (H.C. Ont.), *R. v. Bottrell* (1981), 60 C.C.C. (2d) 211 (C.A.C.-B.).

Le paragraphe 245.1(2) du *Code criminel* reprend, pour l'essentiel, la définition de common law de l'expression «lésions corporelles», laquelle désigne «une blessure qui nuit à la santé ou au bien-être du plaignant et qui n'est pas de nature passagère ou sans importance». Comme le juge en chef Laycraft le souligne en Cour d'appel, à la p. 277:

[TRADUCTION] L'ajout du mot «grave» à l'expression a simplement pour effet d'ajouter l'idée de «sérieux»; dans ni l'un ni l'autre cas, il n'est nécessaire que la blessure mette la vie en danger.

Le sénateur Hayden, qui avait participé aux travaux du comité qui a examiné le nouveau *Code* en 1953, fournit l'explication suivante dans les

mittee on Banking and Commerce, June 27, 1961, at p. 41:

There would not be any charge unless death resulted, and then there is the bodily harm which caused the death. We felt that "grievous" in most circumstances was only a complication. If a man means to administer or to do bodily harm to the extent that would enable him to commit any of the enumerated offences, and death results, then we felt that that was enough to constitute murder.

Section 213(d) did not require any intent on the part of the perpetrator to do bodily injury. It only required, minimally, that one of the participants possess a weapon which accidentally discharged and caused death. That is a substantially discounted mental element, one much lower than that required under s. 213(a).

(b) *Section 213(a) Passes the Objective Foreseeability Test*

An exacting combination of factors must be proven, all beyond a reasonable doubt, before the accused can be found guilty of murder under this section. The offender must:

- (1) cause the death by means of the commission of a "culpable homicide";
- (2) cause the death while committing or attempting to commit one of a limited number of very serious crimes all of which are, by their very nature, inherently dangerous;
- (3) intentionally inflict bodily harm while committing one of these inherently dangerous offences, all of which are specific intent crimes;
- (4) inflict the bodily harm purposefully in order to perpetrate the dangerous underlying crime or for the purpose of facilitating his flight; and
- (5) the death must ensue from the bodily harm intentionally inflicted.

It should be noted that in the present case the underlying offence was committed, and the intent to inflict bodily harm was clear. Moreover, this

Délibérations du Comité permanent des banques et du commerce, 27 juin 1961, à la p. 42:

D'une part, on ne porterait aucune accusation de meurtre à moins que la mort s'ensuive, d'autre part, on aurait le cas où les lésions corporelles ont causé la mort. Nous avons pensé que le mot «graves» ne faisait que compliquer les choses dans la plupart des cas. Si un homme avait l'intention de causer des lésions corporelles dans la mesure où cela lui permettrait de commettre un des crimes énumérés et que la mort s'ensuive, c'était suffisant, à notre avis, pour constituer un meurtre.

L'alinéa 213d) n'exigeait aucune intention d'infliger des lésions corporelles de la part de l'auteur de l'infraction. Il exigeait seulement, comme minimum, que l'une des parties à l'infraction possède une arme qui se soit déchargée accidentellement et ait causé la mort. C'est là un élément moral substantiellement moindre, beaucoup moins important que celui qu'exige l'al. 213a).

b) *L'alinéa 213a) satisfait au critère de prévisibilité objective*

La preuve hors de tout doute raisonnable de toute une combinaison astreignante de facteurs doit être apportée pour que l'accusé puisse être déclaré coupable de meurtre en vertu de cet alinéa. L'accusé doit:

- f (1) causer la mort par la perpétration d'un «homicide coupable»;
- (2) causer la mort pendant qu'il commet ou tente de commettre l'un des crimes très graves dont le nombre est limité, mais qui sont, de par leur nature même, fondamentalement dangereux;
- (3) infliger intentionnellement des lésions corporelles pendant qu'il commet l'un des crimes fondamentalement dangereux qui sont tous des crimes exigeant une intention spécifique;
- (4) infliger intentionnellement des lésions corporelles dans le but de perpétrer le crime dangereux sous-jacent ou pour faciliter sa fuite; et
- (5) la mort doit résulter des lésions corporelles infligées intentionnellement.

Il y a lieu de noter qu'en l'espèce l'infraction sous-jacente a été commise et que l'intention d'infliger des lésions corporelles était manifeste. De

amalgamation of indispensable prerequisites establishes that this crime, as phrased by Lamer J. in *Vaillancourt*, is "tantamount to one which has objective foreseeability as an essential element, and, if objective foreseeability is sufficient, then it would not be in violation of s. 7 or s. 11(d) in doing so in that way". I am of the view that in light of these requirements, the test of objective foreseeability is sufficient, and that if that test has been met, then no *Charter* violation has taken place. The above list requires that the accused specifically intend to, and actually commit the underlying offence, and specifically intend to, and actually inflict bodily harm. In my view, the inexorable conclusion is that the resulting death is objectively foreseeable.

Those who are critical of all forms of the "felony-murder" rule base their denunciation on the premise that *mens rea* is the exclusive determinant of the level of "stigma" that is properly applied to an offender. This appears to me to confuse some very fundamental principles of criminal law and ignores the pivotal contribution of *actus reus* to the definition and appropriate response to proscribed criminal offences. If both components, *actus reus* as well as *mens rea*, are not considered when assessing the level of fault attributable to an offender, we would see manslaughter and assault causing bodily harm as no more worthy of condemnation than an assault. Mere attempts would become as serious as full offences. The whole correlation between the consequences of a criminal act and its retributive repercussions would become obscured by a stringent and exclusive examination of the accused's own asserted intentions.

As stated in Crump and Crump, "In Defense of the Felony Murder Doctrine" (1985), 8 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* 359, at p. 366:

Scholarly criticisms of felony murder have tended to neglect its relationship to proportionality and grading. The criticisms erroneously tend to regard *mens rea* as the only legitimate determinant of the grade of a homicide resulting from a felony. This reasoning sometimes leads modern writers into the same rigid formalism,

plus, cet amalgame de conditions préalables indispensables démontre qu'il s'agit, selon l'expression du juge Lamer dans l'arrêt *Vaillancourt*, d'un crime «dont la prévisibilité objective constitue un élément essentiel et, si cette prévisibilité objective est suffisante, alors il ne viole pas l'art. 7 ni l'al. 11d) en le faisant de cette manière.» Je suis d'avis qu'en raison de ces exigences, le critère de prévisibilité objective est suffisant et que si on a satisfait à ce critère, il n'y a pas eu de violation de la *Charte*. La liste ci-dessus exige que l'accusé ait expressément l'intention de commettre l'infraction sous-jacente, qu'il la commette vraiment, qu'il ait expressément l'intention d'infliger des lésions corporelles et qu'il les inflige réellement. À mon avis, il en découle inexorablement que la mort qui en résulte est objectivement prévisible.

Ceux qui critiquent sous toutes ses formes la règle du «meurtre concomitant d'une infraction majeure» fondent leur opposition sur la prémissse que la *mens rea* détermine à elle seule le niveau de «stigmate» qui doit marquer un contrevenant. Ce raisonnement me paraît confondre certains principes très fondamentaux du droit criminel et ne pas tenir compte du rôle essentiel de l'*actus reus* dans la définition et le traitement appropriés des infractions criminelles proscrites. Faute de tenir compte de l'*actus reus* autant que de la *mens rea* lorsqu'il s'agit d'évaluer le niveau de faute imputable à un délinquant, l'homicide involontaire coupable et les voies de fait causant des lésions corporelles seraient considérés aussi peu dignes de réprobation que les voies de fait. Les simples tentatives deviendraient aussi graves que la perpétration des infractions elles-mêmes. Toute la corrélation qui existe entre les conséquences d'un acte criminel et ses répercussions sur le plan punitif serait obscurcie par un examen strict et exclusif de l'intention que l'accusé affirmerait avoir eue.

Comme le soulignent Crump et Crump, dans «In Defense of the Felony Murder Doctrine» (1985), 8 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* 359, à la p. 366:

[TRADUCTION] Les auteurs qui critiquent le meurtre concomitant d'une infraction majeure ont eu tendance à négliger son rapport avec la proportionnalité et la classification. Les critiques tendent à tort à considérer la *mens rea* comme le seul élément déterminant de la gravité d'un homicide concomitant d'une infraction

divorced from policy, that they rightly reject in historical justifications of the rule. Mens rea is not a "unified field theory" of homicide, and while such a theory might make the subject artificially "logical" or "consistent", it does not reflect our society's more complex understanding of the nature, function, and purpose of the criminal law. The fallacy of this approach is its denigration of actus reus and its failure to include the result of defendant's conduct as a determinant of just disposition. [Emphasis added.]

majeure. Cette façon de raisonner fait parfois tomber les auteurs modernes dans le même formalisme rigide, étranger aux principes, qu'ils reprochent à bon droit aux justifications historiques de la règle. La mens rea ne forme pas une "théorie unifiée" de l'homicide et, même si une telle théorie pouvait conférer une "logique" ou une "cohérence" artificielle au sujet, elle ne reflète pas la compréhension plus complexe que notre société a de la nature, du rôle et de l'objet du droit criminel. La fausseté de cette méthode tient à son dénigrement de l'actus reus et à son omission de tenir compte du résultat de la conduite de l'accusé pour rendre une décision juste. [Je souligne.]

Having found that an objective foreseeability of death test is sufficient for the crime of murder, I believe that the test has been met in this appeal. Section 213(a) enumerates a catalogue of criteria, all of which must be conclusively demonstrated before a murder conviction can obtain. In this case, the predicate crime was committed, there was a clear intention to effect bodily harm, and such harm did in fact result in the death of Ann McLean.

Ayant conclu que le critère de prévisibilité objective de la mort est suffisant pour le crime de meurtre, j'estime qu'on a satisfait à ce critère en l'espèce. L'alinéa 213a) énumère une série de critères, dont la preuve doit être établie de façon concluante pour qu'il y ait déclaration de culpabilité de meurtre. En l'espèce, le crime énuméré à l'alinéa en question a été commis, il y a eu intention manifeste d'infliger des lésions corporelles et ces lésions ont effectivement entraîné la mort d'Ann McLean.

(c) *A Comparative Analysis*

This sudden introduction of a subjective foresight standard for the crime of murder is most novel, and finds no parallel in Great Britain, Australia, New Zealand or the United States. While each of these jurisdictions imposes different requirements for the crime of murder, none has adopted the requirement of subjective foresight of death.

c) *Analyse comparative*

Cette introduction soudaine de la norme de prévision subjective pour le crime de meurtre est tout à fait nouvelle et n'a d'équivalent ni en Grande-Bretagne, ni en Australie, ni en Nouvelle-Zélande, ni aux États-Unis. Bien que chacun de ces pays impose des conditions différentes pour qu'il y ait crime de meurtre, aucun n'a adopté l'exigence de prévision subjective de mort.

(i) England and Scotland

While England did abolish the felony-murder rule in its *Homicide Act, 1957* (U.K.), 5 & 6 Eliz. 2, c. 11, murder is still defined to include killings in circumstances that require a mental state short of a subjective foresight of death; causing death while intending to merely inflict grievous bodily harm is sufficient. Furthermore, Lord Goff, while admittedly rejecting a strict objective foreseeability test, in "The Mental Element in the Crime of Murder" (1988), 104 *L.Q.R.* 30, at p. 58, has advocated that killings in circumstances which manifest "wicked indifference" are properly classified as murder even though at the time of the

(i) L'Angleterre et l'Écosse

Bien que l'Angleterre ait aboli la règle relative au meurtre concomitant d'une infraction majeure dans l'*Homicide Act, 1957* (R.-U.), 5 & 6 Eliz. 2, ch. 11, la définition du meurtre comprend encore les homicides commis dans des circonstances qui exigent un état d'esprit moindre que la prévision subjective de la mort; il suffit que l'accusé ait causé la mort en ayant l'intention d'infliger des lésions corporelles graves. De plus, lord Goff, tout en rejetant, il est vrai, un test strict de prévisibilité objective, dans «The Mental Element in the Crime of Murder» (1988), 104 *L.Q.R.* 30, à la p. 58, affirme cependant que les homicides commis dans

killing no subjective awareness of the risk of death exists in the killer. This is the law in Scotland and it is "inherently desirable that the crime of murder should be the same both north and south of the River Tweed":

I am ... urging that English law should adopt the Scottish concept of wicked recklessness [although] I would prefer to describe the concept as indifference to death.

The reactions of the judges and juries ... demonstrate, I think, a strong feeling that the mental element in murder, restricted to intention—whether to kill or to cause grievous bodily harm—is too closely confined to do justice in all cases.

(ii) Australia

Each of the Australian jurisdictions continues to recognize some version of the felony-murder rule. In South Australia, the following mental states constitute the *mens rea* for murder:

- (a) intention to kill;
- (b) intention to cause grievous bodily harm;
- (c) knowing that the probable consequence of an act is either death or grievous bodily harm and nevertheless committing the act; and,
- (d) causing unintended death during the course of certain offences by acts of violence.

R. v. Marshall (1987), 26 A. Crim. R. 259, at p. 266 (Ct. Cr. App. S. Aust.); *R. v. Van Beelen* (1973), 4 S.A.S.R. 353, at pp. 400-404 (S.C. S. Aust.).

Victoria has similar legislation which was recently amended as follows:

3A.(1) A person who unintentionally causes the death of another person by an act of violence done in the course or furtherance of a crime the necessary elements of which include violence for which a person upon first conviction may, under or by virtue of any enactment, be sentenced to life imprisonment or to imprisonment for a term of 10 years or more shall be liable to be convicted

des circonstances qui indiquent une [TRADUCTION] «indifférence malicieuse» sont qualifiés à bon droit de meurtres même si, au moment de l'homicide, son auteur n'a pas eu de conscience subjective du risque de mort. C'est aussi l'état du droit en Écosse et il est [TRADUCTION] «fondamentalement souhaitable que le crime de meurtre soit le même au nord et au sud de la rivière Tweed»:

b [TRADUCTION] Je presse [...] le droit anglais d'adopter le concept écossais de négligence malicieuse [...] [quoique] je préférerais définir ce concept comme une indifférence que la mort soit causée ou non.

c Les réactions des juges et des jurys [...] démontrent, je crois, un profond sentiment que l'élément moral dans le meurtre, ramené à la seule intention, que ce soit celle de causer la mort ou des lésions corporelles graves, est trop restreint pour que justice soit rendue dans tous les cas.

(ii) L'Australie

Chacune des juridictions de l'Australie continue de reconnaître sous une forme ou une autre la règle du meurtre concomitant d'une infraction majeure. En Australie-Méridionale, les éléments moraux suivants constituent la *mens rea* de meurtre:

- f [TRADUCTION]
- a) l'intention de causer la mort;
 - b) l'intention d'infliger des lésions corporelles graves;
 - c) savoir que la perpétration d'un acte aura pour conséquence probable de causer la mort ou d'infliger des lésions corporelles graves, et accomplir cet acte quand même; et
 - d) causer involontairement la mort pendant la perpétration de certaines infractions, en accomplissant des actes de violence.

h *R. v. Marshall* (1987), 26 A. Crim. R. 259, à la p. 266 (Ct. Cr. App., S. Aust.); *R. v. Van Beelen* (1973), 4 S.A.S.R. 353, aux pp. 400 à 404 (S.C.S. Aust.).

i L'État de Victoria a une disposition semblable qui a été récemment modifiée de la façon suivante:

j [TRADUCTION] 3A. (1) Quiconque cause involontairement la mort d'une autre personne par un acte de violence accompli pendant la perpétration d'un crime dont les éléments essentiels comportent de la violence et dont l'auteur est possible, pour une première déclaration de culpabilité, en vertu d'une loi quelconque, d'une peine d'emprisonnement à perpétuité ou d'une peine d'empris-

of murder as though he had killed that person intentionally.

(2) The rule of law known as the felony-murder rule (whereby a person who unintentionally causes the death of another by an act of violence done in the course or furtherance of a felony of violence is liable to be convicted of murder as though he had killed that person intentionally) is hereby abrogated. [Emphasis added.]

Crimes Act 1958 (Victoria) as amended by the *Crimes (Classification of Offences) Act 1981* (No. 9576, 1981 Statutes of Victoria), s. 3.

In New South Wales murder is defined by s. 18 of the *Crimes Act* as including killing:

- (a) with intent to kill;
- (b) with intent to inflict grievous bodily harm;
- (c) with reckless indifference to human life;
- (d) during or immediately after the commission of a qualifying felony [one punishable by death or life imprisonment].

Queensland, Tasmania, and Western Australia have classified murder in statutory provisions similar to those in the Canadian *Criminal Code*. They provide that an unlawful killing is murder in the following circumstances:

- (1) an intentional killing

Queensland, *Criminal Code Act, 1899*, 63 Vic., No. 9, s. 302(1)

Western Australia, *Criminal Code, 1913*, s. 278 [guilty of "wilful murder"]

Tasmania, *Criminal Code Act, 1924*, 14 Geo. V, No. 69, s. 157(a)

- (2) an intention to do the person killed some grievous bodily harm

Queensland, *Criminal Code Act, 1899*, 63 Vic., No. 9, s. 302(1)

Western Australia, *Criminal Code, 1913*, s. 279(1)

Tasmania, *Criminal Code Act, 1924*, 14 Geo. V, No. 69, s. 157(b) ["intention to cause bodily harm which

sonnement de dix ans ou plus, est coupable de meurtre comme s'il avait causé la mort de cette personne intentionnellement.

(2) La règle de droit connue sous le nom de règle du meurtre concomitant d'une infraction majeure (en vertu de laquelle quiconque cause involontairement la mort d'une autre personne pendant la perpétration d'une infraction majeure comportant de la violence est coupable de meurtre comme s'il avait causé la mort de cette personne intentionnellement) est par les présentes abrogée. [Je souligne.]

Crimes Act 1958 (Victoria) modifiée par la *Crimes (Classification of Offences) Act 1981* (No. 9576, 1981 Statutes of Victoria), art. 3.

En Nouvelle-Galles du Sud, en vertu de l'art. 18 de la *Crimes Act*, un homicide est un meurtre s'il est commis:

[TRADUCTION]

- a) dans l'intention de causer la mort;
- b) dans l'intention d'infliger des lésions corporelles graves;
- c) avec une indifférence téméraire pour la vie humaine;
- d) pendant ou immédiatement après la perpétration d'une infraction majeure précise [punissable de la peine de mort ou de l'emprisonnement à perpétuité].

Le Queensland, la Tasmanie et l'Australie-Occidentale ont classifié le meurtre dans des dispositions législatives semblables à celles du *Code criminel* canadien. Ces dispositions édictent qu'un homicide coupable commis dans les circonstances suivantes est un meurtre si:

[TRADUCTION]

- (1) l'homicide est intentionnel

Queensland, *Criminal Code Act, 1899*, 63 Vic., No. 9, par. 302(1)

Australie-Occidentale, *Criminal Code, 1913*, art. 278 [culpabilité de «meurtre volontaires»]

Tasmanie, *Criminal Code Act, 1924*, 14 Géo. V, No. 69, al. 157(a)

- (2) il y a eu intention d'infliger à la victime des lésions corporelles graves

Queensland, *Criminal Code Act, 1899*, 63 Vic., No. 9, par. 302(1)

Australie-Occidentale, *Criminal Code, 1913*, par. 279(1)

Tasmanie, *Criminal Code Act, 1924*, 14 Geo. V, No. 69, al. 157b) [«intention d'infliger [...] des lésions

the offender knew to be likely to cause death . . . although he had no wish to cause death”]

(3) death caused by means of an act done in the prosecution of an unlawful purpose, which act is of such a nature as to be likely to endanger human life

Queensland, *Criminal Code Act, 1899*, 63 Vic., No. 9, s. 302(2)

Western Australia, *Criminal Code, 1913*, s. 279(2)

Tasmania, *Criminal Code Act, 1924*, 14 Geo. V, No. 69, s. 157(c) [by means of any unlawful act . . . which the offender knew or ought to have known, to be likely to cause death in the circumstances, although he had no wish to cause death or bodily harm to any person]

(4) intention to do grievous bodily harm for the purpose of committing certain serious crimes (or the use of a stupefying thing or wilfully stopping breath in the commission of such a crime)

Queensland, *Criminal Code Act, 1899*, 63 Vic., No. 9, s. 302(3), (4), (5)

Western Australia, *Criminal Code, 1913*, s. 279(3), (4), (5)

Tasmania, *Criminal Code Act, 1924*, 14 Geo. V, No. 69 s. 157(1)(d), (e), (f) and s. 157(2)

(iii) New Zealand

New Zealand's definition of murder also includes killings which occur in circumstances not involving subjective foresight of death. Homicide is murder if the offender means to cause grievous bodily injury (or administers a stupefying or overpowering thing or wilfully stops the breath of a person) for the purpose of facilitating the commission of a number of enumerated serious offences or for the purpose of resisting lawful apprehension. In these circumstances a homicide is classified as murder “whether the offender means or does not mean death to ensue, or knows or does not know that death is likely to ensue”: New Zealand *Crimes Act 1961*, 1961 (N.Z.), No. 43, s. 168.

(iv) United States

In the United States the common law notion of felony-murder continues to exist in a modified

corporelles que le délinquant savait de nature à causer la mort [...] même s'il ne voulait pas causer la mort»]

(3) la mort est causée par un acte accompli pour réaliser un dessein illégal, lequel acte est, de par sa nature, susceptible de mettre la vie humaine en danger

Queensland, *Criminal Code Act, 1899*, 63 Vic., No. 9, par. 302(2)

Australie-Occidentale, *Criminal Code, 1913*, par. 279(2)

Tasmanie, *Criminal Code Act, 1924*, 14 Geo. V, No. 69, al. 157c) [par tout acte illégal [...] que le délinquant sait ou devait savoir qu'il serait susceptible de causer la mort dans ces circonstances, même s'il ne voulait pas causer la mort ni infliger des lésions corporelles à qui que ce soit]

(4) il y a intention de causer des lésions corporelles graves dans le but de commettre certains crimes graves (ou s'il y a emploi d'un stupéfiant ou interruption volontaire de la respiration dans la perpétration de ce crime)

Queensland, *Criminal Code Act, 1899*, 63 Vic., No. 9, par. 302(3), (4), (5)

Australie-Occidentale, *Criminal Code, 1913*, par. 279(3), (4), (5)

Tasmanie, *Criminal Code Act, 1924*, 14 Geo. V, No. 69, al. 157(1)d), e), f) et par. 157(2).

(iii) La Nouvelle-Zélande

La définition du meurtre en vigueur en Nouvelle-Zélande inclut aussi l'homicide qui se produit dans des circonstances qui ne comportent pas de prévision subjective de la mort. L'homicide est un meurtre si le délinquant a l'intention d'infliger des lésions corporelles graves (ou d'administrer un stupéfiant ou un soporifique ou s'il interrompt volontairement la respiration d'une personne) dans le but de faciliter la perpétration de certaines infractions graves énumérées ou de résister à une arrestation légale. Dans ces circonstances, l'homicide est qualifié de meurtre [TRADUCTION] «peu importe que le délinquant veuille ou non causer la mort ou qu'il sache ou ignore que la mort est susceptible de s'ensuivre»: *Crimes Act 1961*, de la Nouvelle-Zélande, 1961 (N.Z.), No. 43, art. 168.

(iv) Les États-Unis

La notion de common law du meurtre concomitant d'une infraction majeure continue d'exister

form in all but three states. Gilbert, "Degrees of Felony Murder" (1983), 40 *Wash. & Lee L. Rev.* 1601. While a number of jurisdictions have limited the rule by requiring the felony to be inherently violent or by requiring violent means to be used during the course of the felony, the rule still contains no requirement of subjective foresight of death. Apart from certain limits when combined with the death penalty, the United States Supreme Court has consistently upheld the constitutional validity of the felony-murder rule: *Tison v. Arizona*, 107 S.Ct. 1676 (1987); *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976).

In *Substantive Criminal Law* (vol. 2, 1986), LaFave and Scott discuss "depraved-heart murder" in § 7.4, at pp. 199-200:

Extremely negligent conduct, which creates what a reasonable man would realize to be not only an unjustifiable but also a very high degree of risk of death or serious bodily injury to another or to others—though unaccompanied by any intent to kill or do serious bodily injury—and which actually causes the death of another, may constitute murder.

Wharton's Criminal Law (14th ed. 1979), § 145, at pp. 204, 207-08, addresses the rationale behind the felony-murder rule as follows:

In the typical case of felony-murder, there is no malice in "fact", express or implied; the malice is implied by the "law". What is involved is an intended felony and an unintended homicide. The malice which plays a part in the commission of the felony is transferred by the law to the homicide. As a result of the fictional transfer, the homicide is deemed committed with malice; and a homicide with malice is common law murder.

... ordinarily, the doctrine of felony-murder involves an unintended homicide . . . Under the most common pattern [of state law], an unintended homicide in the course of certain enumerated felonies constitutes murder in the first degree, and an unintended homicide in the course of some other felony constitutes murder in the second

aux États-Unis sous une forme modifiée, sauf dans trois États. Gilbert, «Degrees of Felony Murder» (1983), 40 *Wash. & Lee L. Rev.* 1601. Bien que certains États aient restreint la règle en exigeant que l'infraction majeure soit fondamentalement violente ou en exigeant le recours à la violence pendant la perpétration de l'infraction, la règle ne comporte cependant pas d'exigence de prévision subjective de la mort. Mises à part certaines restrictions apportées quand il y a peine de mort, la Cour suprême des États-Unis a confirmé de façon constante la constitutionnalité de la règle du meurtre concomitant d'une infraction majeure: *Tison v. Arizona*, 107 S.Ct. 1676 (1987), *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976).

Dans *Substantive Criminal Law* (vol. 2, 1986), LaFave et Scott examinent au § 7.4, aux pp. 199 et 200, la notion de [TRADUCTION] «meurtre crapuleux»:

[TRADUCTION] La conduite extrêmement négligente qui donne lieu à une situation qu'une personne raisonnable considérerait non seulement injustifiable, mais aussi assortie d'un très grand risque de causer la mort ou des lésions corporelles graves à autrui, même en l'absence d'intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves à autrui, et qui cause effectivement la mort d'autrui, peut constituer un meurtre.

Wharton's Criminal Law (14^e éd. 1979), § 145, aux pp. 204, 207 et 208, aborde ainsi la justification de la règle du meurtre concomitant d'une infraction majeure:

[TRADUCTION] Dans un cas typique de meurtre concomitant d'une infraction majeure, il n'y a pas d'intention de nuire «réelle», ni explicitement ni implicitement; l'existence de l'intention de nuire est présumée par la «loi». Elle met en cause une infraction majeure intentionnelle et un homicide involontaire. L'intention de nuire qui joue un rôle dans la perpétration de l'infraction majeure est transférée à l'homicide par la loi. En raison de ce transfert fictif, l'homicide est réputé commis dans l'intention de nuire, et un homicide commis dans l'intention de nuire constitue un meurtre de common law.

... ordinairement, la théorie du meurtre concomitant d'une infraction majeure porte sur un homicide involontaire. [...] En vertu des dispositions les plus courantes [des lois des États], un homicide involontaire commis pendant la perpétration de certaines infractions majeures énumérées constitue un meurtre au premier degré et

degree. Although the felonies which are enumerated vary from state to state, the ones that seem to have found their way into most statutes are arson, rape, robbery, and burglary. Other felonies, such as kidnapping, mayhem, and forcible sodomy, are often added to the list. What the enumerated felonies always seem to have in common is the element of danger or violence. By holding a felony-murderer strictly accountable, even though the homicide is unintended, the law is attempting to protect innocent lives—victims, law enforcement officers, bystanders. The law is not attempting merely to deter the commission of dangerous or violent felonies; presumably, the punishment authorized by law for such felonies is sufficiently severe to accomplish that purpose. But rather, the law is attempting to deter the commission of such felonies in a dangerous or violent way. For example, a potential robber may be encouraged to use an unloaded gun, to use a club rather than a gun, to use no weapon at all; or a potential arsonist or burglar may be encouraged to make certain that a target building is unoccupied. [Emphasis added.]

un homicide involontaire concomitant de certaines autres infractions majeures constitue un meurtre au deuxième degré. Bien que la liste des infractions majeures varie d'un État à l'autre, celles que les lois mentionnent le plus souvent sont le crime d'incendie, le viol, le vol qualifié et le cambriolage. D'autres infractions majeures comme l'enlèvement, les mutilations et la sodome avec violence sont souvent ajoutées à la liste. Ce que les infractions majeures énumérées semblent toujours avoir en commun c'est l'élément de danger ou de violence. En assujettissant l'auteur d'un meurtre concomitant d'une infraction majeure à une responsabilité stricte, même si l'homicide a été involontaire, la loi tente de protéger la vie des innocents—les victimes, les forces de l'ordre et les passants. La loi vise non seulement à décourager la perpétration d'infractions majeures dangereuses ou violentes; la peine prévue par la loi pour ces délinquants est censé être assez sévère pour le faire. Mais plutôt, la loi tente de décourager la perpétration de ces infractions d'une manière dangereuse ou violente. Ainsi, celui qui prépare un vol qualifié sera amené à utiliser une arme non chargée, un bâton plutôt qu'une arme à feu, ou même à ne pas utiliser d'arme du tout; un pyromane ou un cambrioleur en puissance peut être encouragé à s'assurer que l'immeuble qu'il vise est inocupé. [Je souligne.]

In *People v. Rose*, 227 Cal. Rep. 570 (1986), the defendant urged that the felony-murder rule is unconstitutional since it lacks both a legitimate deterrent rationale and a legitimate retributive rationale. The court rejected both these arguments, at p. 574:

The Legislature has said in effect that this deterrent purpose [to deter felons from killing negligently or accidentally by holding them strictly responsible for killings they commit] outweighs the normal legislative policy of examining the individual state of mind of each person causing an unlawful killing to determine whether the killing was with or without malice, deliberate or accidental, and calibrating our treatment of the person accordingly. Once a person perpetrates or attempts to perpetrate one of the enumerated felonies, then in the judgment of the Legislature, he is no longer entitled to such fine judicial calibration, but will be deemed guilty of first degree murder for any homicide committed in the course thereof. [Emphasis added.]

Dans l'arrêt *People v. Rose*, 227 Cal. Rep. 570 (1986), le défendeur a fait valoir que la règle du meurtre concomitant d'une infraction majeure est inconstitutionnelle puisqu'elle n'a pas de justification légitime ni par son effet dissuasif, ni par son effet punitif. La cour a rejeté ces deux prétentions ainsi à la p. 574:

[TRADUCTION] Le législateur a effectivement dit que l'objectif de dissuasion [celui de dissuader les auteurs d'infractions majeures de commettre des homicides par négligence ou accidentellement, en les tenant strictement responsables de l'homicide qu'ils commettent] l'emporte sur le principe législatif ordinaire qui consiste à examiner l'état d'esprit particulier de toute personne qui commet un homicide coupable pour déterminer si l'homicide a été accompli avec ou sans intention de nuire, s'il a été délibéré ou accidentel et à traiter chaque personne en conséquence. En commettant ou tentant de commettre l'une des infractions majeures énumérées, de l'avis du législateur, son auteur n'a plus droit à un jugement aussi finement calibré de la part de la justice, mais il est présumé coupable de meurtre au premier degré pour tout homicide concomitant de cette infraction. [Je souligne.]

It must be recalled that the felony-murder rule in the United States includes the potential that accidental homicides might be labelled murder. As England abolished this possibility, however remote, so did this Court in *Vaillancourt*. What remains is a test of objective foreseeability, as well as specific intent for at least two underlying serious and dangerous crimes. The chance that an accidental homicide will be encompassed within this definition has been judicially eliminated.

In conclusion, no other common law jurisdiction has found that fundamental justice is offended by something less than an exclusive subjective foresight standard for the crime of murder. On the whole, s. 213(a) is comprehensively disparate from s. 213(d). It finds enduring support in criminal legislation. It satisfies all the components of the objective foreseeability test established by this Court in *Vaillancourt*. It is consistent with similar provisions enacted in other common law jurisdictions. For these reasons, I am of the view that s. 213(a) does not offend the principles of fundamental justice, and therefore ss. 7 and 11(d) of our *Canadian Charter of Rights and Freedoms* have not been violated in the present case.

IV. Policy Considerations

During the 27-year period from 1961-1987, the evidence reveals that 2177 homicide offences occurred during the commission of another criminal act. The percentage of homicide offences committed during the commission of another criminal act has varied from 11.9 per cent in 1965 to 28.4 per cent in 1970. The annual average for the period was 16.7 per cent. See "Homicide in Canada: Offences Committed During the Commission of Another Criminal Act", statistics provided by R.C.M.P. for the period 1961-1987. The homicide offences committed during another criminal act are divided into four categories:

Robbery: includes robbery, theft, and break and enter offences. 1315 victims; 61.7% of all homicide offences committed during another criminal act.

Il faut rappeler qu'aux États-Unis la règle du meurtre concomitant d'une infraction majeure englobe la possibilité qu'un homicide accidentel soit qualifié de meurtre. Tout comme l'Angleterre a aboli cette possibilité, même éloignée, notre Cour a fait de même dans l'arrêt *Vaillancourt*. Reste le critère de la prévisibilité objective en plus de l'intention spécifique relativement à au moins deux crimes sous-jacents, crimes graves et dangereux. b La possibilité que cette définition englobe un homicide accidentel a été écartée par les tribunaux.

En conclusion, aucun autre pays de common law n'a jugé contraire à la justice fondamentale un critère moindre que celui de la prévision exclusivement subjective pour le crime de meurtre. Dans l'ensemble, l'al. 213(a) et l'al. 213(d) sont totalement disparates. L'alinéa 213(a) trouve appui dans la législation criminelle. Il satisfait à tous les aspects du critère de prévisibilité objective établi par notre Cour dans l'arrêt *Vaillancourt*. Il est compatible avec des dispositions semblables adoptées dans d'autres pays de common law. Pour ces motifs, je suis d'avis que l'al. 213(a) ne contrevient pas aux principes de justice fondamentale et qu'en conséquence ni l'art. 7 ni l'al. 11(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'ont été violés en l'espèce.

IV. Considérations de principe

La preuve révèle que, pendant la période de 27 ans qui va de 1961 à 1987, 2 177 homicides ont été commis pendant la perpétration d'un autre acte criminel. Le pourcentage des homicides commis pendant la perpétration d'un autre acte criminel a oscillé entre 11,9 pour 100 en 1965 et 28,4 pour 100 en 1970. La moyenne annuelle pour cette période est de 16,7 pour 100. Voir [TRADUCTION] «L'homicide au Canada: Infractions commises pendant la perpétration d'un autre acte criminel», statistiques fournies par la GRC pour la période de 1961 à 1987. Les homicides commis pendant la perpétration d'un autre acte criminel se divisent en quatre catégories:

[TRADUCTION] Vol qualifié: comprend le vol qualifié, le vol et les infractions d'introduction par effraction. 1 315 victimes; 61,7 pour 100 de tous les homicides commis pendant la perpétration d'un autre acte criminel.

Sexual Assault & Rape: includes all sexual attacks on either males or females. 483 victims; 22.3% of all homicide offences committed during another criminal act.

Escape: involves attempts to escape from correctional institutions or lawful custody, to avoid arrest, or to escape detection as a parole or probation violator. 346 victims; 14.2% of all homicide offences committed during another criminal act.

Other: includes other types of criminal acts such as arson, assault, kidnapping, etc. 33 victims; 1.8% of all homicide offences committed during another criminal act.

These statistics reflect a matter of critical public concern, and sustain the Legislature's compulsion to deliver an appropriate response. It is constitutionally permissible under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to define the mental element required for murder with reference to an intention by the perpetrator to harm or injure the victim, with death resulting. How that harm or injury is to be defined, and what level of harm or injury is required are matters for Parliament to consider and decide. As La Forest J. said in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 795:

It must be remembered that the business of government is a practical one. The Constitution must be applied on a realistic basis having regard to the nature of the particular area sought to be regulated and not on an abstract theoretical plane.

In this same case, Dickson C.J. noted at p. 782 that:

The courts are not called upon to substitute judicial opinions for legislative ones as to the place at which to draw a precise line. [Emphasis added.]

Dickson C.J. expanded on this notion recently in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 990:

Where the legislature mediates between the competing claims of different groups in the community, it will inevitably be called upon to draw a line marking where one set of claims legitimately begins and the other fades away without access to complete knowledge as to its

Agression sexuelle et viol: comprend toutes les agressions sexuelles contre des hommes ou des femmes. 483 victimes; 22,3 pour 100 de tous les homicides commis pendant la perpétration d'un autre acte criminel.

a Évasion: comporte les tentatives de s'évader d'un établissement correctionnel ou d'une garde légale, d'éviter d'être arrêté ou repris pour avoir manqué aux conditions d'une ordonnance de libération conditionnelle ou de probation. 346 victimes; 14,2 pour 100 de tous les homicides commis pendant la perpétration d'un autre acte criminel.

Autres infractions: comprend tous les autres types d'actes criminels comme le crime d'incendie, les voies de fait, l'enlèvement, etc. 33 victimes; 1,8 pour 100 de tous les homicides commis pendant la perpétration d'un autre acte criminel.

Ces statistiques traduisent une inquiétude profonde de la part du public et justifient l'obligation d qu'a ressentie le législateur d'y répondre de façon appropriée. La *Charte canadienne des droits et libertés* permet de définir l'élément moral requis pour le meurtre en fonction de l'intention de l'auteur de l'infraction d'infliger des lésions ou des blessures à la victime, et de la mort qui en résulte. Ce en quoi ces lésions ou blessures doivent consister et leur degré requis de gravité relèvent de la décision du Parlement. Comme l'exprime le juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 795:

Il faut se rappeler que la tâche de gouverner revêt un caractère pratique. L'application de la Constitution doit se faire de manière réaliste en tenant compte de la nature du domaine particulier qu'on veut réglementer et ne pas être une affaire de théorie abstraite.

Dans le même arrêt, le juge en chef Dickson fait remarquer, à la p. 782 que:

h Les tribunaux ne sont pas appelés à substituer des opinions judiciaires à celles du législateur quant à l'endroit où tracer une ligne de démarcation. [Je souligne.]

Le juge en chef Dickson a explicité cette notion récemment dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 990:

Lorsque le législateur arbitre entre les revendications divergentes de différents groupes de la collectivité, il est obligé de tracer une ligne de démarcation qui est à la fois le point de départ légitime des unes et le point où les autres disparaissent, sans être en mesure de savoir exact-

precise location. If the legislature has made a reasonable assessment as to where the line is most properly drawn... it is not for the court to second guess. [Emphasis added.]

The criminal law must reconcile two "competing claims" as well. Social protection must be measured against justice to the individual accused. The appropriate balance between these two will certainly vary, and "A monolithic approach to the proper basis of culpability will be unable to respond to the varying nature of that conflict": Wells, "Swatting the Subjectivist Bug", [1982] *Crim. L.R.* 209, at p. 212.

As Lamer J. held in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 512:

The term "principles of fundamental justice" is not a right, but a qualifier of the right not to be deprived of life, liberty and security of the person; its function is to set the parameters of that right.

Consequently, the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets and principles, not only of our judicial process, but also of the other components of our legal system.

The fact that the principles embraced by s. 213(a) have existed for over 300 years is in itself relevant, though not necessarily determinative, of whether or not a rule of "fundamental justice" has been breached by virtue of their adoption by the Parliament of Canada. In my view, while the guarantee entrenched in s. 7 of the *Charter* is to have broad application, it cannot go so far as to grant the courts judicial licence to modify or strike down legislation in the absence of a constitutional violation.

Lamer J. infused s. 7 with palpable content in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, at p. 512:

Sections 8 to 14 address specific deprivations of the "right" to life, liberty and security of the person in breach of the principles of fundamental justice, and as such, violations of s. 7. They are therefore illustrative of the meaning, in criminal or penal law, of "principles of

tement où cette ligne se trouve. Si le législateur a fait une évaluation raisonnable quant à la place appropriée de la ligne de démarcation [...] il n'appartient pas aux tribunaux de se prononcer après coup. [Je souligne.]

^a Le droit criminel doit lui aussi concilier deux «impératifs contradictoires». La protection de la société doit être évaluée au regard de la mesure de justice envers un individu qui est accusé. L'équilibre à établir entre ces deux «impératifs» variera certainement de sorte que [TRADUCTION] «Une analyse monolithique du juste fondement de la culpabilité s'avèrera incapable de répondre à la nature variable de cette contradiction»: Wells, «Swatting the Subjectivist Bug», [1982] *Crim. L.R.* 209, à la p. 212.

Comme le souligne le juge Lamer, dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 512:

^b L'expression «principes de justice fondamentale» constitue non pas un droit, mais un modificateur du droit de ne pas se voir porter atteinte à sa vie, à sa liberté et à la sécurité de sa personne; son rôle est d'établir les paramètres de ce droit.

^c En conséquence, les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux non seulement de notre processus judiciaire, mais aussi des autres composantes de notre système juridique.

^d Le fait que les principes énoncés dans l'al. 213a) existent depuis plus de 300 ans est pertinent en soi, même s'il n'est pas nécessairement déterminant, pour établir si leur adoption par le Parlement canadien a violé un principe de «justice fondamentale». À mon avis, même si la garantie contenue à l'art. 7 de la *Charte* doit recevoir une interprétation large, elle ne peut aller jusqu'à conférer aux tribunaux la liberté de modifier ou d'invalider des dispositions législatives en l'absence d'atteinte à la Constitution.

^e i Le juge Lamer a reconnu le sens clair de l'art. 7 dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, en disant, à la p. 512 que:

^f j Les articles 8 à 14 visent des atteintes spécifiques au «droit» à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, qui contreviennent aux principes de justice fondamentale et qui, en tant que telles, violent l'art. 7. Ils constituent donc des illustrations du sens, en droit

fundamental justice"; they represent principles which have been recognized by the common law, the international conventions and by the very fact of entrenchment in the *Charter*, as essential elements of a system for the administration of justice which is founded upon the belief in the dignity and worth of the human person and the rule of law. [Emphasis added.]

Of sections 8 to 14, only s. 11(d) is being challenged here. Section 11(d) of the *Charter* guarantees that:

11. Any person charged with an offence has the right

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal; . . .

It is difficult for me to see how this right has been violated in the present appeal. The accused has been presumed innocent. His trial was "a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal". He was subsequently "proven guilty according to law". The alleged infringement is that the presumption of innocence is displaced by the lack of a subjective foresight requirement. This is just not so. The law as it stands necessitates conclusive proof beyond a reasonable doubt of factors that are collectively tantamount to an objective foreseeability requirement. According to *Vaillancourt*, this condition does not defeat the presumption of innocence. None of the other reference provisions which give content and scope to s. 7 is impugned. Therefore, in my view, no *Charter* guarantee has been offended.

Section 213(a) is intended to carve out certain killings and place them in a category of the most serious culpable homicides, murder. This is a designation which Parliament is entitled to ascribe pursuant to its responsibility for the protection of those under its dominion. This legislative objective can be anchored in Parliament's legitimate attempt to deter persons from conduct which falls within s. 213(a). In particular, Parliament is attempting to deter those who commit crimes from intentionally inflicting actual bodily harm on their victims in order to achieve their unlawful purpose. The killings subsumed within s. 213(a) are regard-

pénal ou criminel, de l'expression «principes de justice fondamentale»; ils représentent des principes reconnus, en vertu de la *common law*, des conventions internationales et de l'enchaînement même dans la *Charte*, comme des éléments essentiels d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en la dignité et la valeur de la personne humaine et en la primauté du droit. [Je souligne.]

Des articles 8 à 14, seul l'al. 11d) est ici contesté. L'alinéa 11d) de la *Charte* garantit que:

11. Tout inculpé a le droit:

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

Il m'est difficile de voir comment ce droit a été violé en l'espèce. L'accusé a été présumé innocent. Il a été jugé par «un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable». Il a donc été «déclaré coupable, conformément à la loi». La violation alléguée tiendrait à ce que l'absence d'une exigence de prévision subjective écarte la présomption d'innocence. Il n'en est rien. La loi, dans son état actuel, exige la preuve concluante hors de tout doute raisonnable de facteurs qui, dans l'ensemble, équivalent à une exigence de prévisibilité objective. Selon l'arrêt *Vaillancourt*, cette condition n'écarte pas la présomption d'innocence. Aucune des autres dispositions citées qui définissent le sens et la portée de l'art. 7 n'est contestée. En conséquence, j'estime qu'il n'y a eu violation d'aucune garantie de la *Charte*.

L'alinéa 213a) vise à particulariser certains homicides en les classant dans la catégorie du plus grave des homicides coupables, le meurtre. C'est une qualification que le Parlement a le droit d'attribuer en raison de la responsabilité qu'il a de protéger ceux qui relèvent de lui. Cet objectif législatif peut se rattacher à la tentative légitime du Parlement de dissuader les gens d'accomplir les actes visés par l'al. 213a). Plus précisément, le Parlement cherche à dissuader ceux qui commettent des crimes d'infliger intentionnellement des lésions corporelles à leurs victimes dans le but de réaliser leur dessein illégal. Les homicides subsu-

ed as sufficiently heinous to warrant being placed in the category of the gravest culpable homicides. Parliament felt that this was the appropriate manner to ensure that the criminal law is in accordance with social values as to the gravity of such killings, and that this was an effective method to preserve the lives and safety of Canadians.

In *R. v. Arkell* (1988), 43 C.C.C. (3d) 402 (B.C.C.A.), at pp. 412-13, McLachlin J.A. (now of this Court) considered the validity of s. 214(5) (now s. 231(5)). Writing for the British Columbia Court of Appeal—this Court's decision in *Arkell* is being rendered concurrently with the present one—she held that:

... it must be recognized that many factors other than the accused's degree of moral blameworthiness must be considered by Parliament in establishing a sentencing scheme. General deterrence, the degree of perceived danger to the public and the prevalence of certain types of offences are only some of the other considerations which Parliament may properly consider. It follows that the mere fact that a harsher sentence may be imposed for one offence than for another offence which is arguably more blameworthy, does not mean that the scheme that permits the sentence violates s. 7 of the Charter.

Many factors enter into the determination of an appropriate penalty for a particular offence; the degree of blameworthiness is only one. The question is one of policy, to be determined by Parliament. So long as Parliament does not act irrationally or arbitrarily or in a manner otherwise inconsistent with the fundamental principles of justice, its choice must be upheld. [Emphasis added.]

I agree completely, and find that the test applies to s. 213(a) as well. If Parliament chooses to label a crime "murder" and attach commensurate penalties, so long as a *mens rea* requirement is imposed, as it is here, this Court should not lightly interfere with that legislative decision. Mewett & Manning, writing before this Court's decision in *Vaillancourt*, acknowledged at pp. 544-45 that:

més sous l'al. 213a) sont considérés comme suffisamment odieux pour être classés dans la catégorie des homicides coupables les plus graves. Le Parlement a jugé qu'il s'agissait là d'une mesure appropriée pour s'assurer que le droit criminel corresponde aux valeurs de la société quant à la gravité de ces homicides et que c'était là une méthode efficace de préserver la vie et la sécurité des Canadiens.

Dans l'arrêt *R. v. Arkell* (1988), 43 C.C.C. (3d) 402 (C.A.C.-B.), aux pp. 412 et 413, le juge McLachlin (maintenant de notre Cour) a examiné la validité du par. 214(5) (maintenant le par. 231(5)). S'exprimant au nom de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (l'arrêt de notre Cour dans le pourvoi *Arkell* est rendu en même temps que l'arrêt en l'espèce), elle conclut:

[TRADUCTION] ... il faut reconnaître que le Parlement doit tenir compte de nombreux facteurs autres que le degré de culpabilité morale de l'accusé dans l'établissement d'un régime de détermination de la peine. La dissuasion générale, le degré de danger perçu pour le public et la prédominance de certains types d'infractions ne sont que quelques-uns des autres facteurs dont le Parlement est fondé à tenir compte. Il s'ensuit que le seul fait qu'une infraction puisse être sanctionnée par une peine plus sévère qu'une autre infraction qu'on peut prétendre plus répréhensible ne signifie pas que le régime qui autorise la peine viole l'art. 7 de la Charte.

De nombreux facteurs entrent dans la détermination d'une peine appropriée à une infraction donnée; le degré de culpabilité morale n'est qu'un de ceux-ci. C'est une question de principe qui doit être tranchée par le Parlement. Tant que le Parlement n'agit pas d'une manière irrationnelle ou arbitraire ou d'une manière par ailleurs incompatible avec les principes de justice fondamentale, son choix doit être respecté. [Je souligne.]

Je suis entièrement d'accord et j'estime que ce test s'applique également à l'al. 213a). Si le Parlement choisit de qualifier un crime de «meurtre» et de l'assortir de peines proportionnelles, pour autant qu'une *mens rea* est exigée, comme c'est le cas en l'espèce, notre Cour ne doit pas s'immiscer à la légère dans cette décision du législateur. Mewett et Manning ont reconnu, avant que notre Cour ne rende l'arrêt *Vaillancourt*, aux pp. 544 et 545 que:

Section 213 [now section 230] and the concept of constructive murder have been much criticized and, in fact, abolished in many jurisdictions. The criticism is that it imposes liability for murder in situations where death was not intended nor even, in some cases, foreseen. But murder is a legal concept; it does not have to be defined in terms of intentional killing, and even under s. 212 [now s. 229] the definition is not this narrow. The policy behind s. 213 is to put the risk of killing a victim during the course of the commission of certain offences upon the offender to a higher degree than if it were merely classified as manslaughter. In any case, with the present distinction between murder punishable by death and murder punishable by life imprisonment now abolished, much of the criticism loses its force. It was the thought of someone being executed for a non-intended homicide that led to the feeling that the definition of murder should somehow be limited to the old common law concept of "murder with malice aforethought". [Emphasis added.]

Parliament can abrogate s. 213 in its entirety and pioneer a strict subjective standard for the crime of murder, but the Constitution does not require that it do so. As McIntyre J. said, dissenting in *Vaillancourt*, at p. 663:

The principal complaint in this case is not that the accused should not have been convicted of a serious crime deserving of severe punishment, but simply that Parliament should not have chosen to call that crime "murder". No objection could be taken if Parliament classified the offence as manslaughter or a killing during the commission of an offence, or in some other manner . . . while it may be illogical to characterize an unintentional killing as murder, no principle of fundamental justice is offended only because serious criminal conduct, involving the commission of a crime of violence resulting in the killing of a human being, is classified as murder and not in some other manner. [Emphasis added.]

In *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, Lamer J. cited numerous examples of curial deference to Parliamentary enactments. My colleague then adopted, at p. 1070, the following passage of Borins Dist. Ct. J. from *R. v. Guiller*, Ont. Dist. Ct., Sept. 23, 1985, unreported:

[TRADUCTION] L'article 213 [maintenant l'art. 230] et la notion de meurtre par imputation ont fait l'objet de nombreuses critiques et, en réalité, plusieurs juridictions ont aboli cette notion. On la critique pour le motif qu'elle impose une responsabilité de meurtre dans des situations où la mort n'a pas été voulue ni même, dans certains cas, prévue. Mais le meurtre est une notion juridique; il n'est pas nécessaire de le définir comme étant un homicide intentionnel, et même en vertu de l'art. 212 la définition n'est pas aussi stricte. Suivant le principe qui sous-tend l'art. 213, le risque de tuer une personne au cours de la perpétration de certaines infractions doit peser plus lourdement sur les épaules du contrevenant que s'il s'agissait simplement d'un homicide involontaire coupable. Quoi qu'il en soit, puisque la distinction entre un meurtre punissable de mort et un meurtre punissable d'emprisonnement à perpétuité est maintenant abolie, une bonne partie de ces critiques perd de sa force. C'est la pensée que quelqu'un pourrait être exécuté pour un homicide non intentionnel, qui a amené à croire que la définition de meurtre devait d'une façon ou d'une autre être limitée à l'ancienne notion de common law qu'était le «meurtre avec malice intentionnelle». [Je souligne.]

e Le Parlement a le pouvoir d'abroger l'art. 213 en entier et d'édicter une norme strictement subjective à l'égard du crime de meurtre, mais la Constitution n'exige pas qu'il le fasse. Comme l'exprime le juge McIntyre, dissident dans l'arrêt *Vaillancourt*, à la p. 663:

L'argument principal en l'espèce n'est pas que l'accusé n'aurait pas dû être déclaré coupable d'un crime grave qui mérite une peine sévère, mais simplement que le législateur n'aurait pas dû choisir d'appeler ce crime un «meurtre». On ne saurait s'objecter si le législateur avait classé l'infraction comme homicide involontaire coupable ou homicide commis pendant la perpétration d'une infraction, ou de quelque autre manière. [...] bien qu'il puisse être illogique de qualifier de meurtre l'homicide involontaire, aucun principe de justice fondamentale n'est violé du seul fait qu'une conduite criminelle grave comportant la perpétration d'un crime violent qui entraîne la mort d'un être humain, soit qualifiée de meurtre et non de quelque autre manière. [Je souligne.]

i Dans l'arrêt *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, le juge Lamer cite de nombreux exemples de déférence des tribunaux envers les dispositions édictées par le législateur. Mon collègue a alors fait sien, à la p. 1070, le passage suivant du juge Borins, dans la décision *R. v. Guiller*, décision inédite de la Cour de district de l'Ontario, 23 septembre 1985:

It is not for the court to pass on the wisdom of Parliament with respect to the gravity of various offences and the range of penalties which may be imposed upon those found guilty of committing the offences. Parliament has broad discretion in proscribing conduct as criminal and in determining proper punishment. While the final judgment as to whether a punishment exceeds constitutional limits set by the *Charter* is properly a judicial function the court should be reluctant to interfere with the considered views of Parliament and then only in the clearest of cases where the punishment prescribed is so excessive when compared with the punishment prescribed for other offences as to outrage standards of decency. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Il n'appartient pas au tribunal de se prononcer sur la sagesse du législateur fédéral en ce qui concerne la gravité de diverses infractions et les différentes peines qui peuvent être infligées aux personnes reconnues coupables de les avoir commises. Le législateur jouit d'une compétence discrétionnaire étendue pour interdire certains comportements considérés comme criminels et pour déterminer quelle doit être la sanction appropriée. Si le jugement définitif quant à savoir si une peine excède les limites constitutionnelles fixées par la *Charte* constitue à bon droit une fonction judiciaire, le tribunal devrait néanmoins hésiter à intervenir dans les vues mûrement réfléchies du législateur et ne le faire que dans les cas les plus manifestes où la peine prescrite est excessive, comparativement à la peine prévue pour d'autres infractions, au point de constituer une atteinte aux normes de la décence. [Je souligne.]

Dans le présent pourvoi, aux pp. 645 et 646, mon collègue invoque la justification suivante pour insister sur la définition la plus restrictive possible du crime de meurtre:

In the present appeal, my colleague's justification (at pp. 645-46) for insisting on the narrowest of all possible definitions for the crime of murder is that:

A conviction for murder carries with it the most severe stigma and punishment of any crime in our society.... [and] should be reserved for those who choose to intentionally cause death or who choose to inflict bodily harm that they know is likely to cause death.

The menacing component of "stigma" was discussed in *Vaillancourt* as well. As Lindsay pointed out in "The Implications of *R. v. Vaillancourt*: Much Ado About Nothing?" (1989), 47 *U. of T. Fac. Law Rev.* 465, at p. 472:

It should also be noted that Lamer J. justified a requirement of a "special mental element" based on either the stigma associated with a crime or the penalties available. A murder conviction qualified on both grounds. However, theft can involve penalties as low as an absolute discharge. Thus, the inclusion of theft in Lamer J.'s list of crimes requiring a "special mental element" must have been based on stigma rather than available penalties. [Emphasis added.]

Une déclaration de culpabilité de meurtre entraîne les stigmates et la peine les plus sévères qui soient pour un crime dans notre société. [...] [et] devrai[t] être réservé[e] à ceux qui ont choisi de causer intentionnellement la mort ou d'infiger des lésions corporelles dont ils savaient qu'elles étaient susceptibles de causer la mort.

La menace des «stigmates» a aussi été abordée dans l'arrêt *Vaillancourt*. Ainsi que Lindsay le souligne dans «The Implications of *R. v. Vaillancourt*: Much Ado About Nothing?» (1989), 47 *U. of T. Fac. Law Rev.* 465, à la p. 472:

[TRADUCTION] Il faut aussi souligner que le juge Lamer justifie l'exigence d'un élément moral spécial soit par les stigmates associés à un crime, soit par les peines qu'il fait encourir. Une déclaration de culpabilité de meurtre se justifie par les deux raisons. Cependant, le vol peut comporter une peine aussi légère que la libération sans condition. Donc, l'inclusion par le juge Lamer du vol dans la liste des crimes qui exigent «un élément moral spécial» doit se justifier plutôt par les stigmates que par les peines qu'il fait encourir. [Je souligne.]

Je trouve cette instance sur les «stigmates» sociaux exagérée et, dans la plupart des cas, complètement inapplicable. Les faits des présents pourvois révèlent la nature vraiment odieuse des actes criminels en cause. Le souci que ces contrevenants ne soient pas marqués de l'opprobre du condamné constitue, à mon avis, un exemple par-

I find this concentration on social "stigma" to be overemphasized, and in the great majority of cases, completely inapplicable. The facts in the present appeals reveal the truly heinous nature of the criminal acts at issue. The concern that these offenders not endure the Mark of Cain is, in my view, an egregious example of misplaced compassion.

sion. If the apprehension is that the offenders in question will suffer from their "murderer" label, I suspect they will fare little better tagged as "manslaughterers". Accidental killings cannot, after *Vaillancourt*, result in murder prosecutions. Only killings resulting from circumstances in which death is, at a minimum, objectively foreseeable will be prosecuted under s. 213(a). Furthermore, the duration of imprisonment, if at all different, will not attenuate the "stigma". To the extent that any such "stigma" can be said to exist, it is at least as palpable upon release to the outside world as it is within the prison environment itself.

The "stigma" and punishment attached to murder need not be proportionate to the *mens rea* alone. Rather they must correspond to the combination of the physical and mental elements that collectively define a murder. As stated in Crump and Crump, "In Defense of the Felony Murder Doctrine," *supra*, at pp. 362-63:

The classification and grading of offenses so that the entire scheme of defined crimes squares with societal perceptions of proportionality . . . is a fundamental goal of the law of crimes.

The felony murder doctrine serves this goal, just as do the distinctions inherent in the separate offenses of attempted murder and murder, or impaired driving and vehicular homicide. . . . [T]he felony murder doctrine reflects the conclusion that a robbery that causes death is more closely akin to murder than to robbery. If this conclusion accurately reflects societal attitudes, and if classification of crimes is to be influenced by such attitudes in order to avoid depreciation of the seriousness of the offense and to encourage respect for the law, then the felony murder doctrine is an appropriate classificatory device. [Emphasis added.]

Recalling all the necessary hurdles which the Crown must prove beyond a reasonable doubt before s. 213(a) can operate, the elements of deterrence as well as retribution become critical. As the Crumps discuss at pp. 370-71:

fait de compassion mal placée. Si l'on craint que ces délinquants souffrent de leur qualification de «meurtrier», je ne crois pas que leur sort sera plus enviable si on les qualifie d'«auteurs d'homicide involontaire coupable». Depuis l'arrêt *Vaillancourt*, les homicides accidentels ne peuvent plus donner lieu à des poursuites pour meurtre. Seuls les homicides résultant de circonstances où la mort était au moins objectivement prévisible donneront lieu à des poursuites fondées sur l'al. 213a). De plus, la durée de l'emprisonnement, si tant est qu'elle soit différente, n'atténuerait pas les «stigmates». Dans la mesure où on peut dire que de tels «stigmates» existent, ils sont au moins aussi évidents après une libération que dans le milieu carcéral lui-même.

Les «stigmates» et la peine rattachés au meurtre n'ont pas à être proportionnés à la seule *mens rea*. Ils doivent plutôt correspondre à une combinaison d'éléments physiques et moraux qui pris ensemble définissent le meurtre. Comme Crump et Crump l'affirment dans «In Defense of the Felony Murder Doctrine», précité, aux pp. 362 et 363:

[TRADUCTION] La classification des infractions de manière à ce que la gamme complète des crimes définis corresponde à l'idée que se fait la société de la proportionnalité [...] est l'un des objectifs fondamentaux du droit criminel.

La théorie du meurtre concomitant d'une infraction majeure tend vers cet objectif, tout comme le font les distinctions que comportent en soi les infractions différentes de la tentative de meurtre et du meurtre, de la conduite en état d'ébriété et de l'homicide par négligence au volant. [...] la théorie du meurtre concomitant d'une infraction majeure reflète la conclusion qu'un vol qualifié qui entraîne la mort ressemble davantage à un meurtre qu'à un vol qualifié. Si cette conclusion reflète exactement des attitudes de la société et si la classification des crimes doit être influencée par ces attitudes pour éviter que les infractions graves ne soient banalisées et pour favoriser le respect de la loi, alors la théorie du meurtre concomitant d'une infraction majeure se justifie comme moyen de classification. [Je souligne.]

Compte tenu de tous les éléments dont le ministère public doit nécessairement faire la preuve hors de tout doute raisonnable pour que l'al. 213a) s'applique, les aspects dissuasif et punitif revêtent une importance cruciale. Selon Crump et Crump, aux pp. 370 et 371:

The conclusion does not follow, however, that felons cannot be deterred, or that criminals are so different from other citizens that they are impervious to inducements or deterrents that would affect people in general. There is mounting evidence that serious crime is subject to deterrence if consequences are adequately communicated. The felony murder rule is just the sort of simple, commonsense, readily enforceable, and widely known principle that is likely to result in deterrence.

The proposition that accidental killings cannot be deterred is inconsistent with the widespread belief that the penalizing of negligence, and even the imposition of strict liability, may have deterrent consequences. [Emphasis added.]

Section 213(a) does not deal with accidental killings, but rather with killings that are objectively foreseeable as a result of the abominable nature of the predicate crimes, committed with specific intent, coupled with the intentional infliction of bodily harm. Given the dual subjective requirement already in place, the deterrence factor is most cogent in these circumstances. Whatever the competing arguments may be with respect to deterring the merely negligent, here we are dealing with those who have already expressly acted with the intent to commit at least two underlying serious crimes. If deterrence is to ever have any application to the criminal law, and in my view it should, this is the place.

Deterrence can neither be analyzed in the abstract nor in isolation from the context of the provision in question. Section 213(a) deals with one who has already proven to be a "hijacker", a "kidnapper", a "rapist", or an "arsonist". Furthermore, this person has already proven willing to cause bodily harm to commit the offence or to enable himself to escape after having committed the offence. In these circumstances, it is certainly appropriate for Parliament to put this person on notice, that if these purposeful acts result in death, you will be charged as a "murderer" as well.

This notion of Parliamentary autonomy cannot be displaced unless a *Charter* violation has

[TRADUCTION] Cependant, il ne s'ensuit pas que les délinquants soient réfractaires à la dissuasion ou que les criminels soient si différents des autres citoyens qu'il soient insensibles aux incitations ou aux mesures de dissuasion auxquelles la population en général réagirait. ^a Il est de plus en plus reconnu qu'il est possible de dissuader quelqu'un de commettre un crime grave pourvu que les conséquences en soient adéquatement publicisées. La règle du meurtre concomitant d'une infraction majeure est exactement le type de principe simple, sensé, facile à appliquer et très connu qui est susceptible d'entraîner la dissuasion.

L'affirmation qu'il est impossible de dissuader quelqu'un de commettre un homicide accidentel est incompatible avec la conviction très répandue que la répression de la négligence et même l'imposition de la responsabilité stricte peuvent avoir un effet dissuasif. [Je souligne.]

^d L'alinéa 213a) porte non pas sur les homicides accidentels, mais plutôt sur les homicides objectivement prévisibles comme conséquence de la nature abominable des crimes énumérés, commis dans une intention spécifique autre celle d'infliger des lésions corporelles. En raison de la double condition subjective déjà imposée, le facteur de dissuasion est très pertinent dans ces circonstances. Quels que puissent être les arguments divergents pour ce qui est de dissuader ceux qui ont simplement fait preuve de négligence, nous avons ici affaire à des individus qui ont déjà posé des actes expressément dans l'intention de commettre au moins deux infractions sous-jacentes graves. Si la dissuasion doit jamais avoir une application en droit criminel, ce doit, à mon avis, être le cas ici.

^h On ne peut examiner la question de la dissuasion dans l'abstrait et hors du contexte de la disposition en cause. L'alinéa 213a) vise quelqu'un déjà déclaré coupable de détournement, d'enlèvement, de viol ou de crime d'incendie. De plus cette même personne s'est déjà révélée disposée à causer des lésions corporelles pour commettre l'infraction ou pour faciliter sa fuite après l'avoir commise. Dans ces circonstances, il est certainement approprié que le Parlement lui serve un avertissement que si ces actes réfléchis entraînent la mort, elle pourra être également accusée de meurtre.

^j Ce principe d'autonomie du Parlement s'applique à moins qu'il n'y ait eu violation de la *Charte*.

occurred. In my view that has not taken place here. Repeating my colleague's own test, as articulated in *Vaillancourt* at p. 657, if the legislation is "tantamount to one which has objective foreseeability as an essential element, and, if objective foreseeability is sufficient, then it would not be in violation of s. 7 or s. 11(d) in doing so in that way."

V. Conclusion

Policy considerations in Canada as well as in other jurisdictions have inspired legislation that considers objective foreseeability sufficient as the minimum *mens rea* requirement for murder. While it may not be the very best test for all cases, it is certainly a constitutionally valid one. Parliament did not have to enact s. 213(a), but that is not the question before this Court. The issue is whether it could. In my view, the answer rests on what level of foreseeability will be required before a conviction for murder can be returned. Based on this Court's precedents, and the principles of fundamental justice, I believe that the objective foreseeability of death test for the crime of murder is constitutionally valid. The additional mandatory elements demanded by s. 213(a) lend even greater force to this conclusion.

Striking down the legislation simply because some other scheme may be preferable would be an unwarranted intrusion into Parliament's prerogative, and would undermine the means it has chosen to protect its citizens. The *Charter* is not designed to allow this Court to substitute preferable provisions for those already in place in the absence of a clear constitutional violation. Such a task should be reserved for the Law Reform Commission or other advisory bodies. This Court's province is to pronounce upon the constitutionality of those provisions properly before it. The *Charter* does not infuse the courts with the power to declare legislation to be of no force or effect on the basis that they believe the statute to be undesirable as a matter of criminal law policy. For the aforementioned reasons, I do not believe that s. 213(a)

À mon avis, une telle violation n'a pas été démontrée en l'espèce. D'après le test que mon collègue a lui-même énoncé à la p. 657 de l'arrêt *Vaillancourt*, si la disposition législative est formulée de manière que la «prévisibilité objective [en] constitue un élément essentiel, et si cette prévisibilité objective est suffisante, alors [elle] ne viole pas l'art. 7 ni l'al. 11d) en le faisant de cette manière.»

b V. Conclusion

Des considérations de principe ont amené le législateur au Canada et dans d'autres pays à édicter des dispositions qui établissent la prévisibilité objective comme exigence minimale de *mens rea* suffisante pour constituer un meurtre. Bien que cette exigence ne soit pas nécessairement le «meilleur» critère pour tous les cas, elle est certainement valide du point de vue constitutionnel. Le Parlement n'était pas tenu d'édicter l'al. 213a), mais telle n'est pas la question soumise à notre Cour. La question en litige est de savoir s'il pouvait le faire. À mon avis, la réponse dépend du niveau de prévisibilité qui sera requis pour qu'il puisse y avoir déclaration de culpabilité de meurtre. Compte tenu de la jurisprudence antérieure de notre Cour et des principes de justice fondamentale, j'estime que le critère de prévisibilité objective de mort pour le crime de meurtre est valide du point de vue constitutionnel. Les autres éléments exigés par l'al. 213a) renforcent encore davantage cette conclusion.

Déclarer la disposition législative inopérante simplement parce qu'il pourrait être préférable d'utiliser une autre formule constituerait un empiétement injustifié sur la prérogative du Parlement et minerait l'efficacité des moyens qu'il a choisi d'utiliser pour protéger les citoyens. La *Charte* n'a pas pour but de permettre à notre Cour de substituer des dispositions qu'elle préfère à celles qui existent déjà, s'il n'y a pas de violation claire de la Constitution. Ce rôle devrait être réservé à la Commission de réforme du droit ou à d'autres organismes consultatifs. Notre Cour a compétence pour juger de la constitutionnalité des dispositions dont elle est proprement saisie. La *Charte* n'a pas donné aux tribunaux judiciaires le pouvoir de déclarer des dispositions nulles ou inopérantes uniquement parce qu'ils estiment que la

offends the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Therefore, I would allow this appeal, restore the conviction for second degree murder with respect to the death of Ann McLean, and answer the constitutional questions as follows:

Q. Does s. 213(a) of the *Criminal Code* infringe or deny the rights or freedoms guaranteed by s. 7 and/or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. No.

Q. If the answer to question 1 is affirmative, is s. 213(a) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

A. I need not answer this question in light of my answer to the first question.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—I have had the advantage of reading the reasons of Chief Justice Lamer and Justice L'Heureux-Dubé. I agree with Lamer C.J. that there must be a new trial in this case. I would give the same answers to the constitutional questions as Lamer C.J. but, with respect, I cannot agree with his reasons.

In my view, the issue of subjective foresight of death should be addressed only if it is necessary to do so in order to decide this case or if there is an overriding reason making it desirable to do so. Overbroad statements of principle are inimical to the tradition of incremental development of the common law. Likewise, the development of law under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is best served by deciding cases before the courts, not by anticipating the results of future cases.

The first inquiry is whether ruling on the issue of subjective foresight is necessary for the disposition of this case. In my view, the case at bar is

loi dénote une piètre politique en matière de droit criminel. Pour les motifs qui précédent, je suis d'avis que l'al. 213a) ne viole pas la *Charte canadienne des droits et libertés*.

^a En conséquence, j'accueillerais le pourvoi, je rétablirais la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré relativement à la mort d'Ann McLean et je répondrais aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

Q. L'alinéa 213a) du *Code criminel* porte-t-il atteinte aux droits ou aux libertés garantis par l'art. 7 ou l'al. 11d), ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

^b R. Non.

Q. Si la réponse à la première question est affirmative, l'al. 213a) est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

R. Vu la réponse que je donne à la première question, il ne m'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA—J'ai pris connaissance des motifs de jugement du juge en chef Lamer et de ceux du juge L'Heureux-Dubé. Comme le juge en chef Lamer, je suis d'avis qu'il doit y avoir un nouveau procès en l'espèce. Je répondrais de la même façon que lui aux questions constitutionnelles, mais avec égards, je ne puis souscrire à ses motifs.

^f À mon avis, il n'y a lieu d'aborder la question de la prévision subjective de la mort que s'il est nécessaire de le faire pour trancher la présente affaire ou s'il existe un motif impératif de le faire. Les déclarations de principe trop générales sont contraires à la tradition de développement progressif de la common law. De même, les décisions judiciaires au fur et à mesure que les cas surviennent favorise mieux le développement du droit relatif à la *Charte canadienne des droits et libertés* que l'anticipation du résultat d'affaires futures.

^j La première question à résoudre est celle de savoir si la décision de l'espèce exige que l'on tranche la question de la prévision subjective. À

governed by the reasons given in this Court's decision in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636. The Court need go no further.

In *Vaillancourt*, the majority of the Court held that s. 213(d) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, was unconstitutional. Lamer J. (as he then was), Dickson C.J. and Estey and Wilson JJ. concurring, held that it is a principle of fundamental justice that a person cannot be convicted of murder without proof beyond a reasonable doubt of at least objective foreseeability of the victim's death. La Forest J. held that fundamental justice requires that the *mens rea* requirement for murder be one referable to causing death. Beetz and Le Dain JJ. agreed with the reasons of both Lamer and La Forest JJ. supporting the conclusion that s. 213(d) of the *Criminal Code* did not conform to the principles of fundamental justice.

Each of these three sets of reasons stated that it was not necessary to address the issue of whether subjective foresight of death is a constitutional requirement for a valid murder charge. However, Lamer J. (and therefore four of the eight judges participating) adopted the view, in *obiter*, that subjective foresight of death is indeed the standard demanded by s. 7 of the *Charter*.

Accepting the majority position in *Vaillancourt* that objective foreseeability of death is a constitutional minimum for the definition of murder, the conclusion must follow that s. 213(a) does not meet this constitutional minimum. With respect, I cannot agree with the contrary conclusion reached by L'Heureux-Dubé J.

Section 213(a) applies "whether or not the person means to cause death to any human being". It substitutes for proof of these mind-states the requirement that culpable homicide is murder when a person intentionally causes bodily harm and death ensues from the bodily harm, if the harm is caused for the purpose of facilitating the

mon avis, les motifs énoncés par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, s'appliquent à l'espèce. Notre Cour n'a pas à aller plus loin.

Dans l'arrêt *Vaillancourt*, notre Cour a statué, à la majorité, que l'al. 213d) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, est inconstitutionnel. Le juge Lamer (maintenant Juge en chef), aux motifs duquel le juge en chef Dickson et les juges Estey et Wilson ont souscrit, a affirmé qu'il existe un principe de justice fondamental selon lequel une personne ne peut être déclarée coupable de meurtre à moins qu'on ne fasse la preuve hors de tout doute raisonnable d'au moins la prévisibilité objective de la mort de la victime. Le juge La Forest a conclu que la justice fondamentale requiert que l'exigence de *mens rea* du meurtre se rapporte au fait de causer de la mort. Les juges Beetz et Le Dain ont souscrit aux motifs du juge Lamer et à ceux du juge La Forest qui ont statué que l'al. 213d) du *Code criminel* est contraire aux principes de justice fondamentale.

Chacun de ces trois ensembles de motifs portait qu'il n'était pas nécessaire de se demander si la prévision subjective de la mort était une condition constitutionnelle de la validité d'une accusation de meurtre. Cependant, le juge Lamer a exprimé l'avis (et donc quatre des huit juges qui ont participé au jugement), sous forme d'opinion incidente, que la prévision subjective de la mort est de fait la norme exigée par l'art. 7 de la *Charte*.

Si l'on accepte l'avis de la majorité dans l'arrêt *Vaillancourt*, selon lequel la prévisibilité objective de la mort est l'exigence constitutionnelle minimale de la définition du meurtre, il faut en déduire que l'al. 213a) ne satisfait pas à cette exigence constitutionnelle minimale. En toute déférence, je ne puis souscrire à l'avis contraire du juge L'Heureux-Dubé.

L'alinéa 213a) s'applique «que [la personne] ait ou non l'intention de causer la mort d'un être humain.» Il substitue à la preuve de ces états d'esprit la condition que l'homicide coupable est un meurtre quand la personne cause intentionnellement des lésions corporelles et que la mort résulte de ces lésions corporelles, si les lésions ont

commission of or flight from certain offences. It is not difficult to imagine a case in which the underlying offence is committed, bodily harm is intended, and death ensues which is not objectively foreseeable. For instance, A shoves B out of the way to facilitate flight from a robbery, intentionally inflicting bodily harm in the sense of a non-trivial interference with the health or comfort of B. B unexpectedly missteps as a result of being pushed, falls, strikes his head, and dies. Section 213(a) would label this state of affairs murder, even though there is reasonable doubt that B's death was objectively foreseeable. Section 213(a) therefore offends the principle of fundamental justice described in *Vaillancourt*.

I conclude that in the case at bar it is clearly not necessary to address the issue of subjective foresight of death to dispose of the case. The question is then whether there is an overriding reason making it desirable to do so.

In *Vaillancourt*, Lamer J. explicitly narrowed his decision to address only objective foreseeability of death as a constitutional requirement for murder, because otherwise his comments would have had a bearing on sections not challenged in the case, namely ss. 212(c) and 205(5)(a). A significant factor behind this approach was that only the Attorney General for Ontario appeared as intervener in that case. The Attorney General of Canada did not appear, although he may well have done so had ss. 212(c) and 205(5)(a) been raised.

In the case at bar, Lamer C.J. does not narrow the issue to avoid commenting on the validity of s. 212(c); rather he widens the issue in order to cast "serious if not fatal doubt" upon it. He gives two reasons. First, unlike *Vaillancourt* there was wide participation by the Attorneys General. The Attorneys General of Canada, Ontario, Quebec, Manitoba and British Columbia intervened on the issue of whether subjective foresight or objective foreseeability of death is the constitutionally required minimum *mens rea* for murder. Second,

pour objet de faciliter la perpétration de certaines infractions ou la fuite après leur perpétration. Il est facile d'imaginer une situation où il y a perpétration de l'infraction sous-jacente, intention de causer des lésions corporelles et mort de quelqu'un sans qu'elle soit objectivement prévisible. Par exemple, si A bouscule B dans sa fuite après avoir commis un vol qualifié, lui infligeant intentionnellement des lésions corporelles qui causent plus que des inconvenients mineurs à la santé ou au bien-être de B. Ce dernier fait un faux-pas parce qu'il a été bousculé, tombe, se blesse à la tête et meurt. L'alinéa 213a) qualifie cette situation de meurtre, même s'il subsiste un doute raisonnable que la mort de B ait été objectivement prévisible. En conséquence, l'alinéa 213a) viole le principe de justice fondamentale défini dans l'arrêt *Vaillancourt*.

Je conclus qu'en l'espèce, il est manifestement inutile de poser la question de la prévision subjective de la mort pour trancher le litige. Il s'agit donc de déterminer s'il existe un motif impératif de le faire.

Dans l'arrêt *Vaillancourt*, le juge Lamer a expressément réduit la portée de sa décision afin de viser seulement la prévisibilité objective de la mort à titre d'exigence constitutionnelle relativement au meurtre, parce qu'autrement ses commentaires se seraient appliqués à des dispositions qui n'étaient pas contestées, notamment les al. 212c) et 205(5)a). Un des motifs déterminants de cette attitude tenait à ce que seul le procureur général de l'Ontario était intervenu dans la cause. Le procureur général du Canada n'était pas intervenu, bien qu'il l'aurait probablement fait si la validité des al. 212c) et 205(5)a) avait été mise en cause.

En l'espèce, le juge en chef Lamer ne réduit pas la portée de sa décision afin d'éviter de se prononcer sur la validité de l'al. 212c); il élargit plutôt le sujet dans le but d'y soulever «un doute sérieux, sinon fatal». Il invoque deux motifs. En premier lieu, à la différence de l'affaire *Vaillancourt*, il y a eu l'intervention de nombreux procureurs généraux. Les procureurs généraux du Canada, de l'Ontario, du Québec, du Manitoba et de la Colombie-Britannique sont intervenus sur la question de savoir si la prévision subjective ou la

justice would not be served if this case were to return to this Court a second time on the ground that there is doubt as to the validity of s. 212(c).

In my view, it is dangerous to justify a wider scope of decision in this case than in *Vaillancourt* by reason of the participation of a greater number of Attorneys General. If the fact of their participation puts at risk a wider range of legislation, this practically creates a disincentive to the exercise of their right to intervene. A more important consideration is that it is not strictly accurate to state that the Attorneys General intervened on the issue of whether subjective foresight or objective foreseeability is the constitutionally required minimum *mens rea* for murder. While this was, of course, canvassed, the focus of argument was on whether s. 213(a) met constitutional standards or whether it could be justified under s. 1, in distinction from s. 213(d). I am not convinced that the submissions of the Attorneys General, not to mention the parties, would have been the same had s. 212(c) or other sections been challenged.

Admittedly, it is an important function of this Court to provide guidance to lower courts. In the context of this case, it would also be desirable that the validity of s. 212(c) be known with certainty for the purposes of the new trial. However, this desirable result does not outweigh the importance of deciding on the validity of s. 212(c) in a case where it is directly in issue and is fully argued by the parties.

I would therefore limit myself to the conclusion that s. 213(a) is unconstitutional because (i) it places a restriction on s. 7 of the *Charter* by permitting a person to be convicted of murder without proof beyond a reasonable doubt of objective foreseeability of death, or of an equivalent substitute requirement, and (ii) for the reasons expressed by Lamer C.J. in *Vaillancourt* and in the case at bar, it cannot be saved by s. 1. Other

prévisibilité objective de la mort est la *mens rea* minimale constitutionnellement requise pour le meurtre. En second lieu, justice ne serait pas rendue si cette affaire devait être à nouveau soumise à notre Cour pour le motif qu'il subsiste un doute quant à la validité de l'al. 212c).

À mon avis, il est dangereux de justifier une plus grande portée du présent arrêt que celle de l'arrêt *Vaillancourt* à cause de la participation d'un plus grand nombre de procureurs généraux. Si le seul fait de leur participation expose plus de dispositions législatives au risque de l'annulation, il en résulte presque une forme d'incitation à ne pas se prévaloir de leur droit d'intervenir. Un motif plus important découle du fait qu'il n'est pas strictement exact de dire que les procureurs généraux sont intervenus sur la question de savoir si la prévision subjective ou la prévisibilité objective est la *mens rea* minimale constitutionnellement requise pour le meurtre. Bien que la question ait été naturellement soulevée, l'argumentation a surtout porté sur la question de savoir si l'al. 213a) satisfait aux normes constitutionnelles ou s'il peut être justifié en vertu de l'article premier, à la différence de l'al. 213d). Je ne suis pas convaincu que les plaidoiries des procureurs généraux, sans parler de celles des parties, auraient été les mêmes si l'al. 212c) ou d'autres dispositions avaient été contestées.

Certes, notre Cour a pour fonction importante de guider les tribunaux d'instance inférieure. Dans le cadre de l'espèce, il serait aussi souhaitable que la validité de l'al. 212c) soit connue avec certitude pour les fins du nouveau procès. Cependant, ce résultat souhaitable ne l'emporte pas sur l'importance de déterminer la validité de l'al. 212c) dans une affaire qui le mettrait en jeu directement et où il serait plaidé complètement par les parties.

Je me bornerai donc à conclure que l'al. 213a) est inconstitutionnel parce que (i) il apporte une restriction à l'art. 7 de la *Charte* en faisant en sorte qu'une personne puisse être déclarée coupable de meurtre sans preuve hors de tout doute raisonnable de la prévisibilité objective de la mort, ou d'une exigence de remplacement équivalente, et (ii) pour les motifs exposés par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Vaillancourt* et en l'espèce, il

constitutional issues with respect to the murder provisions of the *Criminal Code* I would leave for another day.

Appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Jack Watson, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Philip G. Lister, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

ne peut être sauvegardé par l'article premier. Les autres questions constitutionnelles soulevées par les dispositions du *Code criminel* relatives au meurtre devront attendre une autre occasion pour a être tranchées.

Pourvoi rejeté, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.

b *Procureur de l'appelante: Jack Watson, Edmonton.*

Procureur de l'intimé: Philip G. Lister, Edmonton.

c *Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.*

d *Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.*

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Ste-Foy.

e *Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.*

f *Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*