

Kevin James Arkell *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney of Quebec, the Attorney General of Manitoba and the Attorney General for Alberta *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. ARKELL

File No.: 21076.

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 BRITISH COLUMBIA

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 — Whether s. 214(5) of the Criminal Code violates s. 7 of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 213(a), 214(5).

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 — Whether s. 214(5) of the Criminal Code violates s. 7 of the Charter — If so, whether such violation justified under s. 1 of the Charter.

Appellant was convicted, under s. 214(5) of the *Criminal Code*, of the first degree murder of a woman who was killed while he attempted to commit a sexual assault. The jury was charged on ss. 212 and 213 in relation to murder. The conviction was upheld on appeal. The constitutional questions before this Court queried: (1) whether s. 213(a) of the *Criminal Code* contravened ss. 7 and/or 11(d) of the *Charter*; and, (2)

* Chief Justice at the time of hearing.

** Chief Justice at the time of judgment.

Kevin James Arkell *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

a

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba et le procureur général de l'Alberta *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. ARKELL

N° du greffe: 21076.

c

1990: 26 mars; 1990: 13 septembre.

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

d

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

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? — L'article 214(5) du Code criminel viole-t-il l'art. 7 de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d) — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 213a), 214(5).

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? — L'article 214(5) du Code criminel viole-t-il l'art. 7 de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte?

L'appelant a été reconnu coupable, en vertu du par. 214(5) du *Code criminel*, du meurtre au premier degré d'une femme qui a été tuée pendant qu'il tentait de commettre une agression sexuelle. Le jury a reçu des directives sur les art. 212 et 213 relativement au meurtre. La déclaration de culpabilité a été confirmée en appel. Les questions constitutionnelles soumises à la Cour sont de savoir: (1) si l'al. 213a) du *Code criminel*

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

** Juge en chef à la date du jugement.

if so, whether it was justified by s. 1; (3) whether s. 214(5) of the *Criminal Code* contravened s. 7 of the *Charter*; and (4), if so, whether it was justified by s. 1. A further issue was whether s. 613(1)(b)(iii) should be applied.

Held: The appeal should be dismissed. The first constitutional question should be answered in the affirmative, and the second and third in the negative; the fourth needed not be answered.

Per Dickson C.J. and Lamer C.J. and Wilson, Gonthier and Cory JJ.: For the reasons stated in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, s. 213(a) of the *Criminal Code* is of no force or effect.

Section 214(5) is neither arbitrary nor irrational and therefore does not infringe upon s. 7 of the *Charter*. It does not result in punishment disproportionate to the seriousness of the offences giving rise to the sentences. Only those who have committed the most serious crime in the *Code* with the highest level of moral culpability are affected by Parliament's decision in s. 214(5) to impose a more serious punishment on those found guilty of murder while committing certain listed offences. This Court affirmed, in *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618, that s. 214 is a classification section concerned with sentencing and does not create a substantive offence. No principle of fundamental justice prevents Parliament from classifying murders done while committing certain underlying offences as more serious, and thereby attaching more serious penalties to them. This distinction is neither arbitrary nor irrational. The relationship between the classification and the moral blameworthiness of the offender clearly exists.

Section 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* should be applied and the verdict of the jury that the appellant was guilty of first degree murder should be upheld notwithstanding the error of leaving s. 213 with the jury. The jury's verdict of murder under s. 212(a) was inescapable in light of the description of the attack and the nature of the victim's injuries.

Per L'Heureux-Dubé J.: For the reasons stated in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, the first constitutional question should be answered in the negative. The second, accordingly, needed not be answered. The third should be answered in the negative. Section 214(5) does not offend s. 7 of the *Charter*. Before s. 214(5) can apply, the accused must first have been found guilty of

porte atteinte à l'art. 7 ou à l'al. 11d) de la *Charte*, ou aux deux à la fois, et (2), dans l'affirmative, s'il est justifié par l'article premier, (3) si le par. 214(5) du *Code criminel* enfreint l'art. 7 de la *Charte*, et (4), dans l'affirmative, s'il est justifié par l'article premier. Se pose également la question de savoir s'il y a lieu d'appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii).

Arrêt: Le pourvoi est rejeté. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative, la deuxième et la troisième une réponse négative; il n'est pas nécessaire de répondre à la quatrième.

Le juge en chef Dickson, le juge en chef Lamer et les juges Wilson, Gonthier et Cory: Pour les motifs exposés dans l'arrêt *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, l'al. 213a) du *Code criminel* est inopérant.

Le paragraphe 214(5) n'est ni arbitraire ni irrationnel et, par conséquent, il ne contrevient pas à l'art. 7 de la *Charte*. Il n'engendre pas des peines qui ne sont pas proportionnées à la gravité des infractions qui donnent lieu à ces peines. Seuls ceux qui ont commis le crime le plus grave du *Code* avec le plus haut niveau de culpabilité morale sont visés par la décision du Parlement d'imposer une punition plus sévère aux personnes déclarées coupables d'avoir commis un meurtre pendant qu'elles commettaient certaines infractions énumérées. Notre Cour a affirmé, dans l'arrêt *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618, que l'art. 214 est une disposition qui établit une classification aux fins de la détermination de la peine, et non une disposition qui crée une infraction matérielle précise. Aucun principe de justice fondamentale n'empêche le Parlement de qualifier de plus graves les meurtres concomitants de la perpétration de certaines infractions sous-jacentes et, ainsi, de les assortir de peines plus graves. Cette distinction n'est ni arbitraire ni irrationnelle. Il y a nettement un rapport entre la classification et la culpabilité morale du contrevenant.

Il convient d'appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* et de confirmer le verdict du jury que l'appelant est coupable de meurtre au premier degré malgré l'erreur qui a consisté à soumettre l'art. 213 à l'appréciation du jury. Le verdict de culpabilité de meurtre en application de l'al. 212a) était inévitable compte tenu de la description de l'attaque et de la nature des blessures de la victime.

Le juge L'Heureux-Dubé: Pour les motifs exposés dans l'arrêt *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, la première question constitutionnelle reçoit une réponse négative. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de répondre à la deuxième. La troisième reçoit une réponse négative. Le paragraphe 214(5) ne contrevient pas à l'art. 7 de la *Charte*. Pour que le par. 214(5) puisse

murder. It thus does not deprive an accused of "life, liberty or security of the person" in a manner which is inconsistent with the principles of fundamental justice. Many factors enter into a determination of an appropriate sentence and the degree of blameworthiness is but one. When all these factors are consolidated, it is certainly appropriate for Parliament to impose its most severe punishment. The question is one of policy, to be determined by Parliament and its choice must be upheld so long as it does not act irrationally or arbitrarily or in a manner otherwise inconsistent with the fundamental principles of justice.

Per Sopinka J.: The appeal must be dismissed pursuant to s. 613(1)(b)(iii). The reasons given in *R. v. Martineau* were applicable to the constitutional questions relating to s. 213(a). The reasons of Lamer C.J. with respect to s. 214(5) were agreed with, except to the extent that those reasons rely on the view that murder, and hence first degree murder, constitutionally requires subjective foresight of death.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618; **referred to:** *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711; *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636.

By Sopinka J.

Applied: *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 21(2), 213(a), 214(5), 613(1)(b)(iii), 669(a).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 179, 43 C.C.C. (3d) 402, dismissing the

s'appliquer, l'accusé doit d'abord avoir été reconnu coupable de meurtre. Il ne prive donc pas un accusé de «la vie; [de] la liberté [ou de] la sécurité de sa personne» d'une manière incompatible avec les principes de justice fondamentale. Le degré de culpabilité n'est qu'un des nombreux facteurs qui entrent en ligne de compte dans la détermination d'une peine appropriée. Lorsque tous ces facteurs sont réunis, il est certes approprié que le Parlement impose la peine la plus sévère. C'est une question de principe qui doit être tranchée par le Parlement dont le choix doit être respecté tant qu'il n'agit pas d'une manière irrationnelle ou arbitraire ou d'une manière par ailleurs incompatible avec les principes de justice fondamentale.

Le juge Sopinka: Le pourvoi doit être rejeté conformément au sous-al. 613(1)(b)(iii). Les motifs exposés dans l'affaire *R. c. Martineau* s'appliquent aux questions constitutionnelles relatives à l'al. 213a). L'opinion exprimée par le juge en chef Lamer relativement au par. 214(5) est partagée sauf dans la mesure où elle repose sur le point de vue que le meurtre, et partant, le meurtre au premier degré, exige constitutionnellement la prévision subjective de la mort.

e Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts appliqués: *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618; **arrêts mentionnés:** *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711; *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636.

Citée par le juge Sopinka

Arrêt appliqué: *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11(d).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 21(2), 213(a), 214(5), 613(1)(b)(iii), 669(a).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 179, 43 C.C.C. (3d) 402, qui a rejeté l'appel

appellant's appeal from a conviction on a charge of first degree murder by Paris J. sitting with jury. Appeal dismissed.

Robert Lawler, for the appellant.

James D. Taylor, Q.C., for the respondent.

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

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.

Jack Watson, for the intervener the Attorney General of Alberta.

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

LAMER C.J.—In addition to raising the constitutionality of s. 213(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, a matter dealt with in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, released concurrently, this case also raises the issue of whether s. 214(5) of the *Code* which classifies murder committed in certain circumstances as first degree murder, offends the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Facts

The appellant was convicted of the first degree murder of Lisa Clark, who died of skull injuries and whose body had been burned. The Crown's theory was that the victim's death was caused while the appellant attempted to commit a sexual assault. In support of this theory, the Crown led the evidence of a fellow prisoner who testified that while in prison the appellant told him that he had run down the victim with his car as she was attempting to escape from his sexual advances and then stripped her body and burned it. Another witness testified that the appellant denied making any sexual advances or assault upon the victim, stating that she had fallen accidentally while help-

interjeté par l'appellant à l'encontre d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Paris, siégeant avec jury, relativement à une accusation de meurtre au premier degré. Pourvoi rejeté.

Robert Lawler, pour l'appellant.

James D. Taylor, c.r., pour l'intimée.

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

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.

Jack Watson, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

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—En plus de soulever la constitutionnalité de l'al. 213a) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, une question examinée dans l'arrêt *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, rendu en même temps que celui-ci, ce pourvoi soulève également la question de savoir si le par. 214(5) du *Code*, qui qualifie le meurtre commis dans certaines circonstances de meurtre au premier degré, contrevient à la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Les faits

L'appellant a été reconnu coupable du meurtre au premier degré de Lisa Clark qui est décédée de blessures au crâne et dont le corps a été brûlé. La théorie du ministère public est que la mort de la victime a été causée pendant que l'appellant tentait de commettre une agression sexuelle. À l'appui de cette théorie, le ministère public a produit le témoignage d'un codétenu qui a déposé que pendant qu'il était incarcéré l'appellant lui a dit avoir heurté la victime avec sa voiture alors qu'elle tentait d'échapper à ses avances sexuelles, puis l'avoir dévêtue et brûlé son corps. Un autre témoin a déposé que l'appellant a nié avoir fait des avances sexuelles à la victime ou l'avoir agressée sexuelle-

ing him push-start his car, after which, in a panic, he burned her body. The trial judge told the jury that in order to find the appellant guilty of first degree murder, they must find that murder was committed while committing a sexual assault or attempting to commit a sexual assault. The trial judge charged the jury on ss. 212 and 213 in relation to murder. The jury returned a verdict of guilty of first degree murder.

Relevant Statutory Provisions

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 214(5) and 669(a).

214. ...

(5) Irrespective of whether a murder is planned and deliberate on the part of any person, murder is first degree murder in respect of a person when the death is caused by that person while committing or attempting to commit an offence under one of the following sections:

- (a) section 76.1 (hijacking an aircraft);
- (b) section 246.1 (sexual assault);
- (c) section 246.2 (sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm);
- (d) section 246.3 (aggravated sexual assault); or
- (e) section 247 (kidnapping and forcible confinement).

669. The sentence to be pronounced against a person who is to be sentenced to imprisonment for life shall be,

- (a) in respect of a person who has been convicted of high treason or first degree murder, that he be sentenced to imprisonment for life without eligibility for parole until he has served twenty-five years of his sentence;

Judgment below

Court of Appeal for British Columbia (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 179

The only ground of appeal before the Court was whether the provision in s. 214(5) of the *Criminal Code* that murder committed in the course of committing or attempting to commit a sexual assault is first degree murder, violates the appellant's rights under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. The appellant made two arguments in this respect:

ment, disant qu'elle était tombée accidentellement pendant qu'elle l'aidait à pousser sa voiture pour la faire démarrer, après quoi, pris de panique, il a brûlé son corps. Le juge du procès a dit au jury que, pour déclarer l'appelant coupable de meurtre au premier degré, il devait conclure que le meurtre avait été commis pendant la perpétration d'une agression sexuelle ou d'une tentative d'agression sexuelle. Il a donné des directives au jury sur les art. 212 et 213 relativement au meurtre. Le jury a rendu un verdict de culpabilité de meurtre au premier degré.

Les dispositions législatives pertinentes

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, par. 214(5) et al. 669a)

214. ...

(5) Indépendamment de toute préméditation, commet un meurtre au premier degré quiconque cause la mort d'une personne en commettant ou tentant de commettre une infraction prévue à l'un des articles suivants:

- a) article 76.1 (détournement d'aéronef);
- b) article 246.1 (agression sexuelle);
- c) article 246.2 (agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infraction de lésions corporelles);
- d) article 246.3 (agression sexuelle grave); ou
- e) article 247 (enlèvement et séquestration).

669. Le bénéficiaire de la libération conditionnelle est subordonné, en cas de condamnation à l'emprisonnement à perpétuité

- a) pour haute trahison ou meurtre au premier degré, à l'accomplissement d'au moins vingt-cinq ans de la peine;

Le jugement du tribunal d'instance inférieure

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 179

Le seul moyen d'appel dont a été saisie la cour était de savoir si la disposition du par. 214(5) du *Code criminel* portant que le meurtre commis pendant la perpétration ou la tentative de perpétration d'une agression sexuelle est un meurtre au premier degré viole les droits garantis à l'appelant en vertu de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte*.

first, that the principles established in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, apply to s. 214(5), rendering it invalid, and second, that the arbitrary nature of the distinction between first and second degree murder in s. 214(5) is inconsistent with ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

In respect of the first argument, the Court considered the applicability of this Court's decision in *Vaillancourt*. The Court of Appeal held that *Vaillancourt* is concerned with the elements essential to the creation of an offence, not with sentencing after an offence has been established. It expressed this view, at pp. 187-88, in the following way:

The appellant, if he is to succeed in bringing his challenge to s. 214(5) within the ambit of *Vaillancourt*, supra, must establish that the classification of first and second degree murder creates an offence lacking the necessary element of mens rea. This he cannot do. First, s. 214(5) does not create an offence. The Supreme Court of Canada has held that the effect of s. 214(5) is to classify offences that have been found to be murder under other provisions of the Code: *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618. . . . This decision makes it clear that s. 214(5) is not a substantive provision creating a new offence, but rather merely classifies for purposes of sentencing offences that have already been found to be murder under the Criminal Code

Second, the classification effected by s. 214(5) does not exclude mens rea. Rather, mens rea is presupposed by the existence of a valid conviction for murder under s. 212 or 213 of the Criminal Code, without which s. 214(5) does not come into play.

Since s. 214 is not concerned with defining the elements of an offence and does not exclude mens rea, *Vaillancourt* has no application.

As regards the appellant's second argument, the Court of Appeal held that the sentencing scheme set up by ss. 214(5) and 669 of the *Criminal Code* meets the requirements of fundamental justice. The Court noted that s. 214(5) is calculated to deprive a person convicted of first degree murder of liberty beyond that of a person convicted of second degree murder. The issue is whether this

L'appelant a présenté deux arguments à cet égard: premièrement, les principes établis dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, s'appliquent au par. 214(5), le rendant invalide et deuxièmement, la nature arbitraire de la distinction entre le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré établie au par. 214(5) est incompatible avec l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*.

À l'égard du premier argument, la cour a examiné l'applicabilité de l'arrêt *Vaillancourt* de notre Cour. La Cour d'appel a conclu que l'arrêt *Vaillancourt* porte sur les éléments essentiels à la création d'une infraction, non sur la détermination de la peine après que l'existence d'une infraction a été établie. Elle a exprimé cette opinion ainsi, aux pp. 187 et 188:

[TRADUCTION] S'il doit réussir à faire relever sa contestation du par. 214(5) de la portée de l'arrêt *Vaillancourt*, précité, l'appelant doit établir que la classification de meurtre au premier et au deuxième degré crée une infraction dont est absent l'élément nécessaire de la mens rea. Il ne peut pas le faire. Premièrement, le par. 214(5) ne crée pas une infraction. La Cour suprême du Canada a conclu que le par. 214(5) a pour effet de classifier des infractions qu'on a jugé constituer des meurtres en vertu d'autres dispositions du Code: *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618 [. . .] Cet arrêt établit clairement que le par. 214(5) n'est pas une disposition de fond qui crée une nouvelle infraction, mais qu'il classe simplement, aux fins de déterminer la peine, des infractions qu'on a déjà jugé constituer des meurtres en vertu du Code criminel

Deuxièmement, la classification établie par le par. 214(5) n'exclut pas la mens rea. La mens rea est plutôt présupposée par l'existence d'une déclaration valide de culpabilité de meurtre en vertu de l'art. 212 ou de l'art. 213 du Code criminel, sans quoi le par. 214(5) n'entre pas en jeu.

Puisque l'art. 214 ne définit pas les éléments d'une infraction et qu'il n'exclut pas la mens rea, l'arrêt *Vaillancourt* n'est pas applicable.

Quant au second argument de l'appelant, la Cour d'appel a conclu que le régime de détermination de la peine établi par le par. 214(5) et l'art. 669 du *Code criminel* satisfait aux exigences de la justice fondamentale. La cour a fait remarquer que le par. 214(5) est conçu de manière à priver une personne reconnue coupable de meurtre au premier degré de plus de liberté qu'une personne

distinction is contrary to the principles of fundamental justice. The Court of Appeal accepted that in a fair and just penal system there should be a general correlation between the imposition of harsh penalties and the seriousness of the offence and that distinctions in sentencing schemes should not be arbitrary or irrational. By the same token, however, the Court of Appeal stated that many factors other than the accused's degree of moral blameworthiness must be considered. General deterrence, the degree of the perceived danger to the public and the prevalence of certain types of offences are a few of the factors that Parliament must consider in developing a sentencing scheme. The Court held, therefore, that the 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*.

In addition, the Court of Appeal relied on this Court's decision in *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618, for the view that there is a rational justification for the distinction between first and second degree murder drawn by s. 214(5) of the *Code*. The following passage from *Paré*, at p. 633 was quoted by the Court of Appeal:

The offences listed in s. 214(5) are all offences involving the unlawful domination of people by other people. Thus an organizing principle for s. 214(5) can be found. This principle is that where a murder is committed by someone already abusing his power by illegally dominating another, the murder should be treated as an exceptionally serious crime. Parliament has chosen to treat these murders as murders in the first degree.

The Court of Appeal concluded that it could not, therefore, be contended that the distinction is arbitrary and irrational. As a result, as long as Parliament's policy choice was not arbitrary or irrational, it must be respected. The appeal was, accordingly, dismissed.

reconnue coupable de meurtre au second degré. Il s'agit de savoir si cette distinction est contraire aux principes de justice fondamentale. La Cour d'appel a reconnu que dans un système pénal juste et équitable il doit y avoir une corrélation générale entre la sévérité de la peine et la gravité de l'infraction et que les distinctions dans les régimes de détermination de la peine ne doivent être ni arbitraires ni irrationnelles. En même temps, la Cour d'appel a cependant dit qu'il faut tenir compte de nombreux facteurs autres que le degré de culpabilité morale de l'accusé. La dissuasion générale, le degré de danger perçu pour le public et la prédominance de certains types d'infractions sont quelques-uns des facteurs que le Parlement doit considérer en établissant un régime de détermination de la peine. La cour a donc conclu que le 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 plus, la Cour d'appel s'est fondée sur l'arrêt de notre Cour *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618, pour dire qu'il existe une justification rationnelle à la distinction entre meurtre au premier et au deuxième degré établie par le par. 214(5) du *Code*. La Cour d'appel a cité l'extrait suivant de la p. 633 de l'arrêt *Paré*:

Les infractions énumérées au par. 214(5) comportent toutes un élément de domination illégale de certaines personnes par d'autres personnes. On peut donc dégager du par. 214(5) un principe directeur. Suivant ce principe, lorsqu'un meurtre est perpétré par une personne qui commet déjà un abus de pouvoir en dominant illégalement une autre personne, ce meurtre doit être traité comme un crime exceptionnellement grave. Aussi, le législateur a-t-il décidé d'assimiler ce type de meurtres à des meurtres au premier degré.

La Cour d'appel a conclu qu'on ne pouvait donc pas prétendre que la distinction est arbitraire et irrationnelle. En conséquence, comme le choix de principe du Parlement n'est ni arbitraire ni irrationnel, il doit être respecté. L'appel a donc été rejeté.

Issues

The following constitutional questions were stated by Chief Justice Dickson:

1. Does s. 213(a) of the *Criminal Code* (as it read in November 1984) contravene the rights and 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) of the *Criminal Code* (as it read in November 1984) justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?
3. Does s. 214(5) of the *Criminal Code* (as it read in November 1984) contravene the rights and freedoms guaranteed by s. 7 of the *Charter*?
4. If the answer to question 3 is affirmative, is s. 214(5) of the *Criminal Code* (as it read in November 1984) justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Analysis

For the reasons I have stated in *R. v. Martineau*, s. 213(a) of the *Criminal Code* is of no force or effect, and the first two constitutional questions should, therefore, be answered accordingly. The third and fourth constitutional questions require an analysis of s. 214(5) of the *Criminal Code*. The main argument of the appellant, as regards his constitutional challenge of the section, is that it is arbitrary and irrational and thereby offends s. 7 of the *Charter*. In my view, this submission is answered by this Court's judgment in *Paré, supra*. In that case a unanimous seven person panel affirmed that s. 214 is a classification section concerned with sentencing and does not create a substantive offence. Wilson J., speaking for the Court, put it this way at p. 625:

It is clear from a reading of these provisions that s. 214 serves a different function from ss. 212 and 213. Sections 212 and 213 create the substantive offence of murder. Section 214 is simply concerned with classifying for sentencing purposes the offences created by ss. 212 and 213. It tells us whether the murder is first degree or second degree. This view of s. 214 was expressly adopted

Les questions en litige

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

- a 1. L'alinéa 213a) du *Code criminel* (tel qu'il était formulé en novembre 1984) porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 7 ou l'al. 11d), ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- b 2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'al. 213a) du *Code criminel* (tel qu'il était formulé en novembre 1984) est-il justifié par l'article premier de la *Charte* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?
- c 3. Le paragraphe 214(5) du *Code criminel* (tel qu'il était formulé en novembre 1984) enfreint-il les droits et libertés garantis par l'art. 7 de la *Charte*?
- d 4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, le par. 214(5) du *Code criminel* (tel qu'il était formulé en novembre 1984) est-il justifié par l'article premier de la *Charte* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

e Analyse

Pour les motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *R. c. Martineau*, l'al. 213a) du *Code criminel* est inopérant et les deux premières questions constitutionnelles doivent donc recevoir la réponse qui s'impose. Les troisième et quatrième questions constitutionnelles exigent une analyse du par. 214(5) du *Code criminel*. Dans sa contestation de la constitutionnalité de ce paragraphe, l'appellant allègue principalement que celui-ci est arbitraire et irrationnel et qu'il contrevient ainsi à l'art. 7 de la *Charte*. À mon avis, l'arrêt *Paré*, précité, de notre Cour répond à cet argument. Dans cet arrêt, une formation de sept juges a affirmé à l'unanimité que l'art. 214 est une disposition qui établit une classification aux fins de la détermination de la peine, et non une disposition qui crée une infraction matérielle précise. Le juge Wilson affirme, au nom de la Cour, à la p. 625:

Il est évident à la lecture de ces dispositions que l'art. 214 remplit une fonction différente de celle des art. 212 et 213. Ces derniers créent l'infraction matérielle précise de meurtre. L'article 214, par contre, ne fait que classer aux fins de la détermination de la sentence les infractions prévues aux art. 212 et 213. Il nous dit s'il s'agit d'un meurtre au premier degré ou d'un meurtre au

by this Court in *R. v. Farrant*, [1983] 1 S.C.R. 124 (per Dickson J. (as he then was) at p. 140) and in *Droste v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 208 (per Dickson J. (as he then was) at p. 218).

Indeed, the appellant concedes that s. 214(5) is a sentencing classification provision.

The argument of the appellant suggests that the sentencing scheme is flawed and in violation of s. 7 of the *Charter* because it results in the punishment of individuals that is not proportionate to the seriousness of the offences giving rise to the sentences. First, I must note that as a result of this Court's decision in *Martineau*, released concurrently, it can no longer be said that s. 214(5) has the potential to classify unintentional killings as first degree murder. A conviction for murder requires proof beyond a reasonable doubt of subjective foresight of death. Therefore, when we reach the stage of classifying murders as either first or second degree, we are dealing with individuals who have committed the most serious crime in our *Criminal Code*, and who have been proven to have done so with the highest level of moral culpability, that of subjective foresight. Section 214(5) represents a decision by Parliament to impose a more serious punishment on those found guilty of murder while committing certain listed offences.

This leads me to a second point, namely a consideration of the underlying rationale of s. 214(5). Again, I refer to the decision of this Court in *Paré*, at pp. 632-33:

All murders are serious crimes. Some murders, however, are so threatening to the public that Parliament has chosen to impose exceptional penalties on the perpetrators. One such class of murders is that found in s. 214(5), murders done while committing a hijacking, a kidnapping and forcible confinement, a rape, or an indecent assault.

The offences listed in s. 214(5) are all offences involving the unlawful domination of people by other people. Thus an organizing principle for s. 214(5) can be found. This

deuxième degré. Cette conception de l'art. 214 a été expressément adoptée par cette Cour dans l'arrêt *R. c. Farrant*, [1983] 1 R.C.S. 124 (le juge Dickson, alors juge puîné, à la p. 140), et dans l'arrêt *Droste c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 208 (le juge Dickson, alors juge puîné, à la p. 218).

En fait, l'appellant reconnaît que le par. 214(5) est une disposition qui établit une classification aux fins de la détermination de la peine.

L'argument de l'appellant porte que le régime de détermination de la peine est vicié et viole l'art. 7 de la *Charte* parce qu'il engendre des peines qui ne sont pas proportionnées à la gravité des infractions qui donnent lieu à ces peines. En premier lieu, je dois souligner que par suite de l'arrêt *Martineau* de notre Cour, rendu en même temps que celui-ci, on ne peut plus dire que le par. 214(5) comporte la possibilité de qualifier les meurtres non intentionnels de meurtres au premier degré. Une déclaration de culpabilité de meurtre exige une preuve hors de toute doute raisonnable d'une prévision subjective de la mort. Par conséquent, quand nous arrivons au stade de la classification en meurtre au premier ou au deuxième degré, nous avons affaire à des individus qui ont commis le crime le plus grave dans notre *Code criminel* et au sujet desquels on a prouvé qu'ils ont agi avec le plus haut niveau de culpabilité morale, celui de la prévision subjective. Le paragraphe 214(5) représente une décision du Parlement d'imposer une punition plus sévère aux personnes déclarées coupables d'avoir commis un meurtre pendant qu'elles commettaient certaines infractions énumérées.

Cela m'amène au second point, l'examen de la justification fondamentale du par. 214(5). À nouveau, je renvoie à l'arrêt *Paré* de notre Cour, aux pp. 632 et 633:

Tout meurtre est un crime grave. Certains meurtres, cependant, sont à ce point menaçants pour le public que le législateur a choisi d'imposer à leurs auteurs des peines exceptionnelles. Font partie de cette catégorie, les meurtres énoncés au par. 214(5), c'est-à-dire ceux concomitants de la perpétration d'un détournement d'aéronef, d'un enlèvement et d'une séquestration, d'un viol ou d'un attentat à la pudeur.

Les infractions énumérées au par. 214(5) comportent toutes un élément de domination illégale de certaines personnes par d'autres personnes. On peut donc dégager

principle is that where a murder is committed by someone already abusing his power by illegally dominating another, the murder should be treated as an exceptionally serious crime. Parliament has chosen to treat these murders as murders in the first degree.

I can find no principle of fundamental justice that prevents Parliament, guided by the organizing principle identified by this Court in *Paré*, from classifying murders done while committing certain underlying offences as more serious, and thereby attaching more serious penalties to them. In the case of the distinction between first and second degree murder, the difference is a maximum extra fifteen years that must be served before one is eligible for parole. This distinction is neither arbitrary nor irrational. The section is based on an organizing principle that treats murders committed while the perpetrator is illegally dominating another person as more serious than other murders. Further, the relationship between the classification and the moral blameworthiness of the offender clearly exists. Section 214 only comes into play when murder has been proven beyond a reasonable doubt. In light of *Martineau*, this means that the offender has been proven to have had subjective foresight of death. Parliament's decision to treat more seriously murders that have been committed while the offender is exploiting a position of power through illegal domination of the victim accords with the principle that there must be a proportionality between a sentence and the moral blameworthiness of the offender and other considerations such as deterrence and societal condemnation of the acts of the offender. Therefore, I conclude that in so far as s. 214(5) is neither arbitrary nor irrational, it does not infringe upon s. 7 of the *Charter*. I note that in this appeal there was no argument made as regards s. 12 of the *Charter*, although that issue was raised in a case heard and disposed of concurrently, *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711.

du par. 214(5) un principe directeur. Suivant ce principe, lorsqu'un meurtre est perpétré par une personne qui commet déjà un abus de pouvoir en dominant illégalement une autre personne, ce meurtre doit être traité comme un crime exceptionnellement grave. Aussi, le législateur a-t-il décidé d'assimiler ce type de meurtres à des meurtres au premier degré.

Je ne puis trouver de principe de justice fondamentale qui empêche le Parlement, guidé par le principe directeur que notre Cour a identifié dans l'arrêt *Paré*, de qualifier de plus graves les meurtres concomitants de la perpétration de certaines infractions sous-jacentes et, ainsi, de les assortir de peines plus graves. Dans le cas de la distinction entre le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré, la différence est qu'un maximum de quinze années supplémentaires d'incarcération doivent être purgées avant que quelqu'un soit admissible à la libération conditionnelle. Cette distinction n'est ni arbitraire ni irrationnelle. Le paragraphe est fondé sur un principe directeur qui considère que le meurtre commis pendant que son auteur domine illégalement une autre personne est plus grave qu'un autre meurtre. De plus, il y a nettement un rapport entre la classification et la culpabilité morale du délinquant. L'article 214 n'entre en jeu que lorsque l'existence d'un meurtre a été établie hors de tout doute raisonnable. Compte tenu de l'arrêt *Martineau*, cela signifie qu'on doit démontrer que le délinquant avait prévu subjectivement la mort. La décision du Parlement de traiter plus sévèrement les meurtres commis pendant que leur auteur exploitait une situation de puissance par la domination illégale de la victime est conforme au principe qu'il doit y avoir proportionnalité entre une peine et la culpabilité morale du délinquant, ainsi qu'à d'autres considérations comme la dissuasion et la réprobation sociale des actes du délinquant. Par conséquent, je conclus que, dans la mesure où le par. 214(5) n'est ni arbitraire ni irrationnel, il ne contrevient pas à l'art. 7 de la *Charte*. Je fais remarquer qu'aucun argument n'a été avancé dans ce pourvoi concernant l'art. 12 de la *Charte*, bien que ce point ait été soulevé dans le pourvoi *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711, entendu et tranché en même temps que celui-ci.

The remaining issue in this case is whether s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* should be applied. On the facts of this case I would apply s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, and uphold the conclusion of the jury that the appellant was guilty of first degree murder. I first note that the trial judge instructed the jury on s. 212(a) of the *Code*. Further, in order to convict the appellant of first degree murder, the jury must have found that the appellant caused the death of the victim in the course of a sexual assault. The only evidence before the jury as to a sexual assault was the testimony of the witness Barr to whom the appellant made certain statements. Accordingly, it is clear that the jury must have also accepted the testimony of Barr as to how the appellant killed the victim. According to Barr, the appellant told him that he went with the victim to a cabin where he grabbed her and attempted to force her to perform an act of fellatio. The victim resisted, there was an argument and she ran away. The appellant got in his car and ran over her. He stopped the car, got out and smashed her head with a rock. The appellant further told Barr that he took the body down a trail and hid it. He then went to buy gas and oil from a Canadian Tire store, got a shovel from his father, put the body in a pit and set it ablaze. Therefore, even with the error in leaving s. 213 with the jury, I am convinced that no jury acting reasonably could have returned any verdict other than guilty of murder. It is plain from the jury's verdict that it rejected the possibility that the appellant killed the victim after the commission of the sexual assault, and rather found that the sexual assault and the killing were part of one continuing sequence of events so as to form a single transaction. It is not conceivable that the jury, accepting Barr's evidence to convict the appellant of first degree murder, could have rejected his evidence as to how the appellant caused the victim's death. The nature of the injuries suffered by the victim coupled with the description of the attack by the appellant on the

La dernière question dans ce pourvoi est de savoir s'il convient d'appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Vu les faits de l'espèce, je suis d'avis d'appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* et de confirmer la conclusion du jury que l'appelant est coupable de meurtre au premier degré. Je souligne en premier lieu que le juge du procès a donné au jury des directives sur l'al. 212(a) du *Code*. En outre, pour reconnaître l'appelant coupable de meurtre au premier degré, le jury doit avoir conclu que l'appelant a causé la mort de la victime au cours d'une agression sexuelle. La seule preuve d'agression sexuelle dont disposait le jury est le témoignage de Barr à qui l'appelant a fait certaines déclarations. Par conséquent, il est clair que le jury doit également avoir accepté le témoignage de Barr quant à la manière dont l'appelant a tué la victime. Selon Barr, l'appelant lui a dit s'être rendu avec la victime dans une cabane où il l'a saisie et a tenté de la forcer à pratiquer la fellation. La victime a résisté, il y a eu une dispute et elle s'est enfuie en courant. L'appelant est monté dans sa voiture et lui est passé sur le corps. Il a stoppé la voiture, en est sorti et lui a fracassé la tête avec une pierre. L'appelant a aussi dit à Barr avoir amené le corps dans un sentier et l'avoir caché. Il est alors allé acheter de l'essence et de l'huile à un magasin Canadian Tire, il a pris une pelle chez son père, a placé le corps dans une fosse et y a mis le feu. Par conséquent, malgré l'erreur qui a consisté à soumettre l'art. 213 à l'appréciation du jury, je suis convaincu qu'aucun jury agissant de manière raisonnable n'aurait pu prononcer autre chose qu'un verdict de culpabilité de meurtre. Le verdict du jury montre clairement qu'il a rejeté la possibilité que l'appelant ait tué la victime après la perpétration de l'agression sexuelle, et qu'il a plutôt conclu que l'agression sexuelle et le meurtre faisaient partie d'une suite ininterrompue d'événements de manière à constituer une seule affaire. Il est inconcevable que le jury, ayant accepté le témoignage de Barr pour reconnaître l'appelant coupable de meurtre au premier degré, ait pu rejeter son témoignage quant à la manière dont l'appelant a causé la mort de la victime. La nature des blessures de la victime, jointe à la description de l'attaque de l'appelant contre elle, ne me laisse aucun doute

victim leave me with no doubt that a reasonable jury could come to any other conclusion than a verdict of guilty of murder pursuant to s. 212(a).

I would, accordingly, dismiss the appeal and answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 213(a) of the *Criminal Code* (as it read in November 1984) contravene the rights and freedoms guaranteed by s. 7 and/or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. Yes.

2. If the answer to question 1 is affirmative, is s. 213(a) of the *Criminal Code* (as it read in November 1984) justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

A. No.

3. Does s. 214(5) of the *Criminal Code* (as it read in November 1984) contravene the rights and freedoms guaranteed by s. 7 of the *Charter*?

A. No.

4. If the answer to question 3 is affirmative, is s. 214(5) of the *Criminal Code* (as it read in November 1984) justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

A. In light of the answer to question 3, this question does not have to be answered.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—While I agree with Chief Justice Lamer's resolution of this appeal, given my position in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, released concurrently, I wish to add the following remarks, particularly regarding s. 214(5) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34.

As the facts and relevant legislation have been recounted by my colleague, I will not restate them. The following constitutional questions were framed by Chief Justice Dickson:

1. Does s. 213(a) [now s. 230(a)] of the *Criminal Code* (as it read in November 1984) contravene the rights

quant à savoir si un jury raisonnable aurait pu rendre un autre verdict que celui de culpabilité de meurtre en application de l'al. 212a).

a Je suis par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. L'alinéa 213a) du *Code criminel* (tel qu'il était formulé en novembre 1984) porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 7 ou l'al. 11d), ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R. Oui.

c 2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'al. 213a) du *Code criminel* (tel qu'il était formulé en novembre 1984) est-il justifié par l'article premier de la *Charte* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

d R. Non.

3. Le paragraphe 214(5) du *Code criminel* (tel qu'il était formulé en novembre 1984) enfreint-il les droits et libertés garantis par l'art. 7 de la *Charte*?

e R. Non.

f 4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, le par. 214(5) du *Code criminel* (tel qu'il était formulé en novembre 1984) est-il justifié par l'article premier de la *Charte* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

g R. Compte tenu de la réponse à la troisième question, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs rendus par

h LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Bien que je sois d'accord avec le dispositif de l'opinion du juge en chef Lamer, compte tenu mon opinion dans l'arrêt *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, rendu ce jour, je désire faire les remarques suivantes, particulièrement en ce qui concerne le par. 214(5) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34.

i Mon collègue a exposé les faits et les dispositions législatives pertinentes et je ne les répéterai pas. Le juge en chef Dickson a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. L'alinéa 213a) [maintenant l'al. 230a)] du *Code criminel* (tel qu'il était formulé en novembre 1984)

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

2. If the answer to question 1 is affirmative, is s. 213(a) of the *Criminal Code* (as it read in November 1984) justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*? *a*
3. Does s. 214(5) [now s. 231(5)] of the *Criminal Code* (as it read in November 1984) contravene the rights and freedoms guaranteed by s. 7 of the *Charter*? *b*
4. If the answer to question 3 is affirmative, is s. 214(5) of the *Criminal Code* (as it read in November 1984) justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*? *c*

For the reasons stated in *Martineau*, I am of the view that the first question must be answered in the negative, and therefore the second question need not be answered. I would also answer question 3 in the negative, relying principally on McLachlin J.A.'s (now of this Court) opinion, writing for the British Columbia Court of Appeal (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 179. *d*

In *Martineau*, the sole issue was the constitutionality of s. 213(a). Under s. 213(a), a whole series of requirements must be met before an accused can be convicted for murder. While I disagreed with my colleague's introduction of subjective foresight of death as the exclusive constitutional standard to be applied for the crime of murder, I do agree with his assessment in *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711, at p. 720, released concurrently, that "[t]he distinction between first and second degree murder only comes into play when it has first been proven beyond a reasonable doubt that the offender is guilty of murder". *e*

In order to be found guilty of first degree murder under s. 214(5), the offender must have committed murder while "abusing his power by illegally dominating another": *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618, at p. 633. This is in addition to the stringent criteria for the crime of murder itself; either subjective foresight of death, and/or the

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

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'al. 213a) du *Code criminel* (tel qu'il était formulé en novembre 1984) est-il justifié par l'article premier de la *Charte* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?
3. Le paragraphe 214(5) [maintenant le par. 231(5)] du *Code criminel* (tel qu'il était formulé en novembre 1984) enfreint-il les droits et libertés garantis par l'art. 7 de la *Charte*?
4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, le par. 214(5) du *Code criminel* (tel qu'il était formulé en novembre 1984) est-il justifié par l'article premier de la *Charte* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Pour les motifs exposés dans l'affaire *Martineau*, la première question doit à mon avis recevoir une réponse négative et il n'est donc pas nécessaire de répondre à la deuxième question. Essentiellement pour les motifs du juge McLachlin (maintenant de notre Cour), qui a rédigé l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1988), 30 B.C.L.R. (2d) 179, je suis également d'avis de répondre à la troisième question par la négative.

Le seul point en litige dans l'affaire *Martineau* était la constitutionnalité de l'al. 213a). En vertu de cet alinéa, toute une série d'exigences doivent être respectées pour qu'un accusé puisse être reconnu coupable de meurtre. Bien que je ne sois pas d'accord avec mon collègue lorsqu'il introduit la prévision subjective de la mort comme norme constitutionnelle exclusive à appliquer au crime de meurtre, je suis d'accord avec lui lorsqu'il dit dans l'arrêt *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711, à la p. 720, rendu ce jour, que «[l]a distinction entre le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré n'entre en jeu qu'après qu'il a été établi hors de tout doute raisonnable que le délinquant est coupable de meurtre».

Pour être reconnu coupable de meurtre au premier degré en vertu du par. 214(5), l'accusé doit avoir commis le meurtre pendant qu'il commettait «un abus de pouvoir en dominant illégalement une autre personne»: *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618, à la p. 633. Cette exigence s'ajoute aux critères stricts applicables au crime de meurtre lui-même:

commission of a predicate crime included in a circumscribed list of offences under s. 213, combined with the concomitant intentional infliction of bodily harm resulting in death. When all of these factors are consolidated, it is certainly appropriate for Parliament to impose its most severe punishment.

After citing this Court's decision in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, McLachlin J.A. held, at pp. 187-88 that:

... Parliament cannot, in the absence of moral blameworthiness established by the objective foreseeability of killing, make homicide murder. However, Parliament may, in the same circumstances, impose heavy sentences equivalent to those imposed for murder when this is necessary to deter particular types of conduct.

The appellant, if he is to succeed in bringing his challenge to s. 214(5) within the ambit of *Vaillancourt*, supra, must establish that the classification of first and second degree murder creates an offence lacking the necessary element of mens rea. This he cannot do. First, s. 214(5) does not create an offence.

Second, the classification effected by s. 214(5) does not exclude mens rea. Rather, mens rea is presupposed by the existence of a valid conviction for murder under s. 212 or 213 of the Criminal Code, without which s. 214(5) does not come into play. [Emphasis added.]

McLachlin J.A. also addressed, at p. 189, the contention that s. 214(5) is inconsistent with ss. 7 and 11(d) of the *Charter* because the distinction between first and second degree murder is arbitrary and unrelated to the moral blameworthiness of the accused:

I note initially that it is only s. 7 of the *Charter* which is of concern in this case. The presumption of innocence enshrined in s. 11(d) of the *Charter* can play no role, because before s. 214(5) can come into play the accused must first have been found guilty of murder. Thus, the only question is whether s. 214(5) deprives an accused of "life, liberty or security of person" in a manner which is not consistent with the principles of fundamental justice.

la prévision subjective de la mort ou la perpétration d'un crime compris dans une liste restreinte d'infractions énumérées à l'art. 213, ou les deux à la fois, jointe à l'infliction intentionnelle concomitante de lésions corporelles causant la mort. Lorsque tous ces facteurs sont réunis, il est certes approprié que le Parlement impose la peine la plus sévère.

Après avoir cité l'arrêt de notre Cour *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, le juge McLachlin fait observer, aux pp. 187 et 188, que

[TRADUCTION] ... le Parlement ne peut, en l'absence de culpabilité morale établie par la prévisibilité objective de la mort, faire de l'homicide un meurtre. Le Parlement peut cependant, dans les mêmes circonstances, imposer des peines sévères qui équivalent à celles qui sont imposées pour le meurtre, lorsque cela est nécessaire pour dissuader les gens d'adopter certains types de conduite.

S'il doit réussir à faire relever sa contestation du par. 214(5) de la portée de l'arrêt *Vaillancourt*, précité, l'appelant doit établir que la classification de meurtre au premier et au deuxième degré crée une infraction dont est absent l'élément nécessaire de la mens rea. Il ne peut pas le faire. Premièrement, le par. 214(5) ne crée pas une infraction.

Deuxièmement, la classification établie par le par. 214(5) n'exclut pas la mens rea. La mens rea est plutôt présupposée par l'existence d'une déclaration valide de culpabilité de meurtre en vertu de l'art. 212 ou de l'art. 213 du Code criminel, sans quoi le par. 214(5) n'entre pas en jeu. [Je souligne.]

Le juge McLachlin discute également, à la p. 189, de l'argument portant que le par. 214(5) est incompatible avec l'art. 7 et avec l'al. 11d) de la *Charte* parce que la distinction entre le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré est arbitraire et sans rapport avec la culpabilité morale de l'accusé:

[TRADUCTION] Je remarque d'abord que seul l'art. 7 de la *Charte* nous intéresse en l'espèce. La présomption d'innocence enchâssée à l'al. 11d) de la *Charte* ne saurait jouer aucun rôle parce que, pour que le par. 214(5) puisse entrer en jeu, l'accusé doit d'abord avoir été reconnu coupable de meurtre. Ainsi, la seule question est de savoir si le par. 214(5) prive un accusé de «la vie, [de] la liberté [ou de] la sécurité de sa personne» d'une manière incompatible avec les principes de justice fondamentale.

With respect to this latter issue of sentencing and its affiliation to moral blameworthiness, McLachlin J.A. concluded at pp. 189-90 that:

... it must be recognized that many factors other than the accused's degree or [*sic*] 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 entered 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 with the above characterization of both the legislation and Parliament's prerogative with respect to establishing a sentencing scheme. Therefore, while I concur with Lamer C.J.'s ultimate disposition, I would dismiss the appeal for the reasons of the British Columbia Court of Appeal. I would answer the constitutional questions posed as follows:

1. Does s. 213(a) [now s. 230(a)] of the *Criminal Code* (as it read in November 1984) contravene the rights and freedoms guaranteed by ss. 7 and/or 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. No.

2. If the answer to question 1 is affirmative, is s. 213(a) of the *Criminal Code* (as it read in November 1984) justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

A. This question need not be answered.

Concernant cette dernière question de la détermination de la peine et de son lien avec la culpabilité morale, le juge McLachlin conclut, aux pp. 189 et 190:

[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 d'accord avec cette qualification de la disposition législative et de la prérogative du Parlement concernant l'établissement d'un régime de détermination de la peine. Par conséquent, bien que je souscrive au dispositif du juge Lamer, je rejetterais le pourvoi pour les motifs exprimés par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. L'alinéa 213a) [maintenant l'al. 230a)] du *Code criminel* (tel qu'il était formulé en novembre 1984) porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 7 ou l'al. 11d), ou les deux à la fois, de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R. Non.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'al. 213a) du *Code criminel* (tel qu'il était formulé en novembre 1984) est-il justifié par l'article premier de la *Charte* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

R. Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.