

Her Majesty The Queen *Appellant/
Respondent on cross-appeal*

v.

J.F. *Respondent/Appellant on cross-appeal*

INDEXED AS: R. v. J.F.

Neutral citation: 2008 SCC 60.

File No.: 32203.

2008: April 18; 2008: October 31.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Accused convicted by jury of manslaughter by criminal negligence and acquitted of manslaughter by failing to provide necessities of life — Both offences arising in respect of same act of omission against accused's foster son — Whether verdicts inconsistent — If so, whether conviction of manslaughter by criminal negligence should be set aside and acquittal entered.

Criminal law — Criminal negligence — Failure to provide necessities of life — Elements of offences — Relationship between both offences — Accused convicted of manslaughter by criminal negligence and acquitted of manslaughter by failure to provide necessities of life — Whether verdicts can be explained by differences between offences.

M was four years old when he died in his foster home from multiple blunt traumas to his head. M's body was extensively bruised. M's foster mother confessed to beating M and pleaded guilty to manslaughter. The accused, M's foster father, was charged with manslaughter by criminal negligence and manslaughter by failing to provide the necessities of life. He was convicted by a jury on the first count, but acquitted on the second. The accused appealed his conviction. A

Sa Majesté la Reine *Appelante/Intimée au
pourvoi incident*

c.

J.F. *Intimé/Appelant au pourvoi incident*

RÉPERTORIÉ : R. c. J.F.

Référence neutre : 2008 CSC 60.

N° du greffe : 32203.

2008 : 18 avril; 2008 : 31 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

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

Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Jury ayant déclaré l'accusé coupable d'homicide involontaire coupable par négligence criminelle et l'ayant acquitté d'homicide involontaire coupable résultant de l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence — Infractions toutes deux fondées sur la même omission par le père nourricier accusé — Les verdicts sont-ils incompatibles? — Dans l'affirmative, faut-il substituer un acquittement à la déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable par négligence criminelle?

Droit criminel — Négligence criminelle — Omission de fournir les choses nécessaires à l'existence — Éléments des infractions — Lien entre les deux infractions — Accusé déclaré coupable d'homicide involontaire coupable par négligence criminelle et acquitté d'homicide involontaire coupable résultant de l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence — Les verdicts peuvent-ils s'expliquer par les différences entre les infractions?

M est décédé à l'âge de quatre ans à la suite de multiples traumatismes à la tête causés par un objet contondant dans son foyer d'accueil. Le corps de M présentait de nombreuses contusions. Sa mère nourricière a avoué l'avoir battu et a plaidé coupable à une accusation d'homicide involontaire coupable. L'accusé, le père nourricier de M, a été inculpé d'homicide involontaire coupable par négligence criminelle et d'homicide involontaire coupable résultant de l'omission de

majority of the Court of Appeal overturned the conviction and ordered a new trial on the charge of manslaughter by criminal negligence on the basis that the verdicts were inconsistent. The Crown appealed as of right on the issue of inconsistent verdicts. The accused cross-appealed the order for a new trial, contending that an acquittal ought to have been entered.

Held (Deschamps J. dissenting): The appeal should be dismissed and the cross-appeal should be allowed. The order setting aside the conviction on the charge of manslaughter by criminal negligence should be affirmed and an acquittal entered.

Per McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.: The verdicts rendered at trial are inconsistent and the conviction of manslaughter by criminal negligence must be quashed. There was no reasonable basis upon which to convict and acquit the accused at the same trial, of the same offence committed in the same way against the same victim. The accused was tried on two counts of manslaughter by omission. Though each count alleged different “underlying” or “predicate” offences, the accused’s guilt in respect of both counts was made by the Crown to depend on exactly the same failure to perform exactly the same duty: the duty to protect his foster child from foreseeable harm from his spouse. The *actus reus*, the prosecution theory, and essentially the fault element are common to both offences. The count of failure to provide the necessities of life required proof of a marked departure from the conduct of a reasonably prudent parent in circumstances where it was objectively foreseeable that the omission would lead to a risk of danger to M’s life, or a risk of permanent endangerment to his health. Criminal negligence, the more serious offence, required proof that the same omission represented a marked and substantial departure from the conduct of a reasonably prudent parent in circumstances where the accused either recognized and ran an obvious and serious risk to M’s life or gave no thought to that risk. The conviction can only be supported upon a finding that the accused failed in his duty to protect M, the factual foundation and the gravamen of both counts. The verdicts signify that a lesser degree of fault was not established whereas a greater degree of fault was proven beyond a reasonable doubt. Even if the fault requirements were treated as equivalent,

fournir les choses nécessaires à l’existence. Un jury l’a déclaré coupable du premier chef, mais l’a acquitté du deuxième. L’accusé a porté sa déclaration de culpabilité en appel. La Cour d’appel, à la majorité, a annulé sa déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d’un nouveau procès relativement à l’accusation d’homicide involontaire coupable par négligence criminelle en raison de l’incompatibilité des verdicts. Le ministère public a interjeté appel de plein droit sur la question de l’incompatibilité des verdicts. L’accusé a formé un appel incident contre l’ordonnance de nouveau procès au motif qu’un acquittement aurait plutôt dû être inscrit.

Arrêt (la juge Deschamps est dissidente) : Le pourvoi est rejeté et le pourvoi incident est accueilli. L’ordonnance annulant la déclaration de culpabilité d’homicide involontaire coupable par négligence criminelle est confirmée et un acquittement inscrit.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Fish, Abella, Charron et Rothstein : Les verdicts rendus en première instance sont incompatibles et la déclaration de culpabilité d’homicide involontaire coupable par négligence criminelle doit être annulée. Aucun fondement raisonnable ne permettait de déclarer l’accusé coupable et de l’acquitter lors du même procès, de la même infraction, commise de la même façon, contre la même victime. L’accusé subissait son procès relativement à deux chefs d’homicide involontaire coupable par omission. Même si chaque chef reposait sur des infractions sous-jacentes différentes, le ministère public a fondé la culpabilité de l’accusé dans les deux cas exactement sur la même omission d’exécuter exactement la même obligation : protéger l’enfant dont il était le père nourricier d’un préjudice prévisible aux mains de sa conjointe. L’*actus reus*, la thèse de la poursuite et l’élément de faute, pour l’essentiel, sont communs aux deux infractions. Le chef d’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence exigeait la preuve d’un écart marqué par rapport à la conduite d’un parent raisonnablement prudent dans des circonstances où il était objectivement prévisible que l’omission risquerait de mettre en danger la vie de M ou d’exposer sa santé à un péril permanent. La négligence criminelle, l’infraction la plus grave, exigeait la preuve que la même omission constituait un écart marqué et important par rapport à la conduite d’un parent raisonnablement prudent dans des circonstances où l’accusé soit a eu conscience d’un risque grave et évident pour la vie de M, sans pour autant l’écarter, soit ne lui a accordé aucune attention. La déclaration de culpabilité ne peut reposer que sur la conclusion que l’accusé a manqué à son obligation de prendre des mesures pour protéger M, le fondement factuel et l’élément essentiel

the verdicts are incomprehensible. [1-4] [8-9] [17] [37] [38] [40]

The verdicts cannot be reconciled retrospectively based on arguments that the offences differ or the trial judge misdirected the jury. Abstract differences between the offences formed no part of the trial and are of no relevance on the facts of the case. Nor is it likely that the jury was misled by the trial judge's instructions with respect to failure to provide the necessities of life. Even if the instructions were erroneous, improper instructions do not make improper verdicts proper, nor inconsistent verdicts consistent. [5] [18] [23-24]

Where criminal negligence and failure to provide the necessities of life are alleged, the jury first should consider whether the accused failed a duty to provide the necessities of life. If so, the jury is bound to find the accused guilty of that offence. The jury then should consider whether the accused, in failing to provide the necessities of life, showed a wanton or reckless disregard for the life or safety of the child. If so, the jury is bound to find the accused guilty of criminal negligence. If not, the jury could still find the accused guilty of failure to provide the necessities of life, but not of criminal negligence. [37]

This is not an appropriate case in which to order a new trial. Rather, an acquittal should be entered on the count of manslaughter by criminal negligence. Since, in this case, the Crown did not appeal the accused's acquittal on the count of manslaughter by failing to provide the necessities of life, a new trial would deprive the accused of the benefit of his acquittal and expose him to a finding that he did in fact commit the offence of which he was acquitted. [39] [41]

Per Deschamps J. (dissenting): The accused has not met the onus of proving that the verdicts were inconsistent, and the conviction on the charge of manslaughter by criminal negligence should be restored. When an appellant pleads that two verdicts are inconsistent, a court of appeal must determine whether the verdict appealed from is unreasonable because it tends to indicate that the jury must have been confused as to the evidence or must have reached some sort of unjustifiable

des deux accusations. Les verdicts signifient que le degré de faute inférieur n'aurait pas été établi, alors que le degré de faute supérieur aurait été prouvé hors de tout doute raisonnable. Même en considérant les exigences en matière de faute comme équivalentes, les verdicts sont incompréhensibles. [1-4] [8-9] [17] [37] [38] [40]

Les verdicts ne peuvent être conciliés rétrospectivement sur le fondement de la prétention que les infractions diffèrent et que les directives du juge au jury étaient erronées. Les distinctions abstraites entre les infractions n'ont pas été invoquées au procès et ne sont pas pertinentes vu les faits en cause. Le jury n'a pas non plus vraisemblablement reçu des directives erronées relativement à l'omission de fournir les choses nécessaires à la vie. Même si c'était le cas, des directives inappropriées n'ont pas pour effet de valider des verdicts incorrects, ni de remédier à l'incompatibilité des verdicts. [5] [18] [23-24]

Devant des allégations de négligence criminelle et d'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence, le jury doit d'abord déterminer si l'accusé a manqué à une obligation de fournir les choses nécessaires à l'existence. Si c'est le cas, le jury doit déclarer l'accusé coupable de cette infraction. Puis, il doit déterminer si l'accusé, en omettant de fournir les choses nécessaires à l'existence, a montré une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité de l'enfant. Si oui, le jury doit déclarer l'accusé coupable de négligence criminelle. Si non, il peut encore déclarer l'accusé coupable d'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence, mais non de négligence criminelle. [37]

Il ne s'agit pas d'un cas où il convient d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Il faut plutôt inscrire un acquittement relativement au chef d'homicide involontaire coupable par négligence criminelle. Le ministère public n'ayant pas porté en appel l'acquittement relatif au chef d'homicide involontaire coupable résultant de l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence, un nouveau procès priverait l'accusé du bénéfice de cet acquittement et risquerait de mener à la conclusion qu'il a en fait commis l'infraction dont il a été acquitté. [39] [41]

La juge Deschamps (dissidente): L'accusé n'a pas démontré que les verdicts sont incompatibles et la déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable par négligence criminelle doit être rétablie. Lorsqu'un appellant invoque l'incompatibilité de deux verdicts, la cour d'appel doit déterminer si le verdict porté en appel est déraisonnable parce qu'il tend à indiquer que le jury doit avoir mal compris la preuve ou qu'il doit être parvenu à un quelconque compromis

compromise. No such demonstration was made in this case. [43] [61] [92]

The essential elements of the offences differ. Both are negligence-based offences for which fault requires proof of a failure to direct the mind to a risk of harm which the reasonable parent would have appreciated. However, the fault element of each offence is in large part premised on the *actus reus* of the offence and the *actus reus* of each offence differ. The *actus reus* of failing to provide the necessities of life required proof that the accused was under a legal duty to provide the necessities of life to M, that he failed, viewed objectively, to perform the duty, and that this failure, assessed objectively, endangered M's life or caused or was likely to cause M's health to be endangered permanently. The *actus reus* of criminal negligence required proof that the accused was under a legal duty to do something, that he failed, viewed objectively, to perform his duty, and that in failing to perform his duty, he showed, assessed objectively, a wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons. While the two offences may involve the same legal duty, each offence sets out a different type of risk of harm and the trial judge's instructions to the jury were clear on that point. The jury was instructed on both counts to find a marked and substantial departure from what a reasonable parent would do in the circumstances. For the offence of failing to provide the necessities of life, the jury was further instructed to consider whether the accused endangered M's life or caused or likely caused his health to be endangered permanently. This harm was described as unique to the offence of failing to provide the necessities of life. The charge to the jury set out the essential elements of each offence in such a way that the jury did not answer the same question when determining each verdict. [64-66] [68-69] [73-75] [91]

It was open to the jury to find that the accused failed to direct his mind to the health or safety of M, but not that M's health was endangered permanently. The time line of M's bruising was a crucial factual issue. A finding that the accused failed to direct his mind to the health or safety of M did not necessarily imply that M's health was permanently endangered. The jury was clearly instructed that the reasonable doubt standard applied to the harm unique to failing to provide the necessities of life and would have understood that the two counts had to be distinguished. The verdicts are

injustifiable. Cela n'a pas été démontré en l'espèce. [43] [61] [92]

Les éléments essentiels des infractions diffèrent. Il s'agit d'infractions fondées sur la négligence, dont l'élément de faute exige la preuve de l'omission d'envisager un risque de préjudice dont un père ou une mère raisonnable se serait rendu compte. Toutefois, l'élément fautif de chaque infraction repose en grande partie sur l'*actus reus* de l'infraction et l'*actus reus* de chaque infraction diffère. L'*actus reus* de l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence devait être établi par la preuve que l'accusé était légalement tenu de fournir les choses nécessaires à l'existence de M, que, d'un point de vue objectif, il a manqué à cette obligation et que ce manquement, toujours d'un point de vue objectif, a mis en danger la vie de M ou a exposé, ou était de nature à exposer, la santé de M à un péril permanent. L'*actus reus* de la négligence criminelle exigeait la preuve que l'accusé était légalement tenu d'accomplir quelque chose, qu'il a omis, d'un point de vue objectif, de s'acquiescer de son devoir légal et que, par cette omission, il a montré, encore une fois d'un point de vue objectif, une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui. Bien que le même devoir légal puisse être en cause dans les deux infractions, le risque de préjudice diffère pour chacune et les directives que le juge a données au jury étaient claires sur ce point. Relativement aux deux chefs, les directives ont expliqué au jury qu'il devait conclure à un écart marqué et important par rapport à la conduite d'un père ou d'une mère raisonnable dans les mêmes circonstances. Relativement à l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence, le juge a en outre demandé au jury de déterminer si l'omission de l'accusé avait mis la vie de M en danger ou avait exposé, ou était de nature à exposer, sa santé à un péril permanent. Ce préjudice a été décrit comme propre à l'infraction d'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence. Vu la manière dont le juge a énuméré les éléments essentiels de chaque infraction dans ses directives, le jury n'a pas répondu à la même question pour rendre chacun des verdicts. [64-66] [68-69] [73-75] [91]

Le jury pouvait conclure à la fois que l'accusé n'avait pas porté attention à la santé ou à la sécurité de M, et que la santé de M n'avait pas été exposée à un péril permanent. La chronologie des ecchymoses constituait une question factuelle capitale. La seule conclusion que l'accusé n'avait pas porté attention à la santé ou à la sécurité de M n'impliquait pas nécessairement que la santé de M avait été exposée à un péril permanent. Le juge a clairement indiqué au jury que la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable s'appliquait au type de préjudice propre à l'infraction d'omission de

supportable on the instructions and the theory of the evidence. [77] [81] [84] [86-88]

Even if the verdict was unreasonable in this case, the just order would have been a new trial on both counts. An appeal from the acquittal was not necessary to order a new trial on both counts in this case because s. 686(8) of the *Criminal Code* empowers an appeal court to make any order that justice requires, including an order for a new trial where the court finds defects in the instructions on the charge that led to an acquittal. [95]

Cases Cited

By Fish J.

Referred to: *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122; *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392; *R. v. Sharp* (1984), 12 C.C.C. (3d) 428; *R. v. Willock* (2006), 210 C.C.C. (3d) 60; *R. v. L. (J.)* (2006), 204 C.C.C. (3d) 324; *R. v. Palin* (1999), 41 M.V.R. (3d) 11, 135 C.C.C. (3d) 119; *R. v. Fortier* (1998), 41 M.V.R. (3d) 221, 127 C.C.C. (3d) 217; *R. v. Brown* (2000), 134 O.A.C. 151; *R. v. Baker* (2006), 209 C.C.C. (3d) 508; *R. v. E. (A.)* (2000), 146 C.C.C. (3d) 449; *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *R. v. Provo*, [1989] 2 S.C.R. 3; *R. v. Johnson*, 2007 CarswellOnt 7765; *R. v. J.R.B.*, [2002] N.J. No. 296 (QL); *R. v. Fitze* (2000), 35 C.R. (5th) 114; *R. v. Pittiman*, [2006] 1 S.C.R. 381, 2006 SCC 9.

By Deschamps J. (dissenting)

R. v. McShannock (1980), 55 C.C.C. (2d) 53; *R. v. Pittiman*, [2006] 1 S.C.R. 381, 2006 SCC 9; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *R. v. Beatty*, [2008] 1 S.C.R. 49, 2008 SCC 5; *R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76; *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122; *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275; *R. v. François*, [1994] 2 S.C.R. 827; *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *R. v. Prince*, [1986] 2 S.C.R. 480; *Krug v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 255; *R. v. Andrew* (1990), 57 C.C.C. (3d) 301; *R. v. Switzer* (1987), 32 C.C.C. (3d) 303; *R. v. Provo*, [1989] 2 S.C.R. 3; *R. v. Couture* (1988), 27 Q.A.C. 205.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 86(1), 215, 219, 222(5)(a), (b), 234, 236(b), 249(1)(a), 686(1)(a)(i), (8).

Authors Cited

Parent, Hugues. *Traité de droit criminel*, t. 2, 2^e éd. Montréal: Thémis, 2007.

fournir les choses nécessaires à l'existence et le jury devrait avoir compris que les deux infractions devaient être distinguées. Les verdicts peuvent s'appuyer sur les directives et sur la théorie de la preuve. [77] [81] [84] [86-88]

Même si le verdict était déraisonnable, la réparation appropriée aurait été une ordonnance de nouveau procès relativement aux deux chefs. Un appel de l'acquiescement n'était pas nécessaire pour qu'un nouveau procès soit ordonné en l'espèce, parce que le par. 686(8) du *Code criminel* confère à une cour d'appel le pouvoir de rendre toute ordonnance que la justice exige, et notamment une ordonnance de nouveau procès lorsque la cour conclut à l'existence de failles dans l'exposé au jury qui a mené à un acquiescement. [95]

Jurisprudence

Citée par le juge Fish

Arrêts mentionnés : *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122; *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392; *R. c. Sharp* (1984), 12 C.C.C. (3d) 428; *R. c. Willock* (2006), 210 C.C.C. (3d) 60; *R. c. L. (J.)* (2006), 204 C.C.C. (3d) 324; *R. c. Palin* (1999), 41 M.V.R. (3d) 11; *R. c. Fortier* (1998), 41 M.V.R. (3d) 221; *R. c. Brown* (2000), 134 O.A.C. 151; *R. c. Baker* (2006), 209 C.C.C. (3d) 508; *R. c. E. (A.)* (2000), 146 C.C.C. (3d) 449; *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *R. c. Provo*, [1989] 2 R.C.S. 3; *R. c. Johnson*, 2007 CarswellOnt 7765; *R. c. J.R.B.*, [2002] N.J. No. 296 (QL); *R. c. Fitze* (2000), 35 C.R. (5th) 114; *R. c. Pittiman*, [2006] 1 R.C.S. 381, 2006 CSC 9.

Citée par la juge Deschamps (dissidente)

R. c. McShannock (1980), 55 C.C.C. (2d) 53; *R. c. Pittiman*, [2006] 1 R.C.S. 381, 2006 CSC 9; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *R. c. Beatty*, [2008] 1 R.C.S. 49, 2008 CSC 5; *R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76; *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122; *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275; *R. c. François*, [1994] 2 R.C.S. 827; *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *R. c. Prince*, [1986] 2 R.C.S. 480; *Krug c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 255; *R. c. Andrew* (1990), 57 C.C.C. (3d) 301; *R. c. Switzer* (1987), 32 C.C.C. (3d) 303; *R. c. Provo*, [1989] 2 R.C.S. 3; *R. c. Couture* (1988), 27 Q.A.C. 205.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 86(1), 215, 219, 222(5)(a), (b), 234, 236(b), 249(1)(a), 686(1)(a)(i), (8).

Doctrine citée

Parent, Hugues. *Traité de droit criminel*, t. 2, 2^e éd. Montréal : Thémis, 2007.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Laskin, Lang and MacFarland J.J.A.) (2007), 226 O.A.C. 119, 222 C.C.C. (3d) 474, 51 C.R. (6th) 386, [2007] O.J. No. 2632 (QL), 2007 CarswellOnt 4238, 2007 ONCA 500, setting aside the accused's conviction and ordering a new trial on a charge of manslaughter by criminal negligence. Appeal dismissed and cross-appeal allowed, Deschamps J. dissenting.

Kimberley Crosbie, for the appellant/respondent on cross-appeal.

Greg Brodsky, Q.C., and *Ryan Amy*, for the respondent/appellant on cross-appeal.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Abella, Charron and Rothstein J.J. was delivered by

FISH J. —

I

[1] The respondent in this case was acquitted and convicted by the same jury at the same trial of the same offence committed in the same way against the same victim.

[2] He was tried on a single indictment containing two counts of manslaughter by omission. Though each count alleged different “underlying” or “predicate” offences, the respondent's guilt *in respect of both counts* was made by the Crown to depend on exactly the same failure to perform exactly the same duty. Toward the end of his charge, the trial judge made this clear to the jury in these terms:

The Crown alleges that by criminal negligence (count 1) and by a failure to provide the necessities of life (count 2), [J.F.] failed in his legal duty to protect his foster child, [K.M.], from foreseeable harm from his spouse; and, by his failure, contributed (that is to say caused) the death of [K.M.]. [Emphasis added; A.R., at p. 609.]

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin, Lang et MacFarland) (2007), 226 O.A.C. 119, 222 C.C.C. (3d) 474, 51 C.R. (6th) 386, [2007] O.J. No. 2632 (QL), 2007 CarswellOnt 4238, 2007 ONCA 500, qui a annulé la déclaration de culpabilité de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès relativement à l'accusation d'homicide involontaire coupable par négligence criminelle. Pourvoi rejeté et pourvoi incident accueilli, la juge Deschamps est dissidente.

Kimberley Crosbie, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident.

Greg Brodsky, c.r., et *Ryan Amy*, pour l'intimé/ appelant au pourvoi incident.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Fish, Abella, Charron et Rothstein rendu par

LE JUGE FISH —

I

[1] L'intimé a été acquitté et déclaré coupable, par le même jury, dans le même procès, de la même infraction commise de la même façon, contre la même victime.

[2] L'acte d'accusation unique comportait deux chefs d'homicide involontaire coupable par omission. Même si chaque chef reposait sur des infractions sous-jacentes différentes, le ministère public a fondé la culpabilité de l'intimé *dans les deux cas* exactement sur la même omission d'exécuter exactement la même obligation. Vers la fin de ses directives au jury, le juge du procès l'a clairement indiqué en ces termes :

[TRADUCTION] Le ministère public soutient que [J.F.] a, par négligence criminelle (premier chef) et par omission de fournir les choses nécessaires à l'existence (deuxième chef), manqué à son devoir légal de protéger l'enfant [K.M.] dont il était le parent nourricier contre un préjudice prévisible aux mains de sa conjointe, et a ainsi contribué au décès de [K.M.] (c'est-à-dire l'a causé). [Je souligne; d.a., p. 609.]

The same prohibited conduct, or *actus reus*, was thus common to both counts.

[3] The fault element, though not identical, was essentially common to both counts as well. So, too, was the theory of the prosecution, explained in these terms by the Crown in this Court:

The respondent was charged with two counts of manslaughter by unlawful act [more accurately, by unlawful omission] — the first by criminal negligence, and the second by failing to provide the necessities of life. The theory of the Crown, in essence, was that the respondent had failed to fulfill his legal duty to protect [K.M.] and that failure was a contributing cause of his death. There was no allegation that the respondent himself inflicted any direct physical injury against [K.M.]. [Emphasis added; A.F., at para. 2.]

[4] In short, the jury in this case acquitted the respondent on one count of manslaughter by omission and convicted him on another count of manslaughter alleging the same omission. Both counts involved similar fault requirements. To the extent that they differed, the count on which the respondent was convicted (criminal negligence), was more serious than the count upon which he was acquitted (failure to provide the necessities of life). Moreover, as the judge's charge made plain, the jury was required to answer essentially the same question in determining whether the respondent was guilty of manslaughter *under either count*. In the circumstances of this case — bearing in mind, especially, the nature and evident gravity of the injuries inflicted — there was thus no reasonable basis upon which the jury could acquit the respondent on count 2 and convict him on count 1. It was not open to the jury to say “yes” and “no” to substantially the same question, as in fact it did.

[5] That is the unvarnished significance of the verdicts rendered at trial. And we must not obscure that reality beneath an intellectualized gloss, however attractive, on appeal. More particularly, we cannot reconcile the verdicts retrospectively on the

Les deux chefs reposaient donc sur le même comportement prohibé ou *actus reus*.

[3] Même s'il n'était pas identique, l'élément de faute était, lui aussi, essentiellement commun aux deux chefs. Il en était de même de la thèse du ministère public pour chacun des chefs — thèse qu'il a expliquée en ces termes devant notre Cour :

[TRADUCTION] Deux chefs d'accusation d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal [plus exactement, d'une omission illégale] ont été portés contre l'intimé — le premier fondé sur la négligence criminelle et le deuxième sur l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence. Le ministère public a essentiellement soutenu que l'intimé avait manqué à son devoir légal de protéger [K.M.] et que cette omission avait contribué à son décès. Il n'a pas été allégué que l'intimé avait lui-même causé un préjudice corporel direct à [K.M.]. [Je souligne; m.a., par. 2.]

[4] En résumé, le jury a acquitté l'intimé d'un chef d'accusation d'homicide involontaire coupable résultant d'une omission, mais l'a déclaré coupable d'un autre chef d'homicide involontaire coupable fondé sur la même omission. Les exigences en matière de faute étaient similaires pour les deux chefs. Dans la mesure où ils différaient, le chef dont l'intimé a été déclaré coupable (négligence criminelle) était plus grave que le chef dont il a été acquitté (omission de fournir les choses nécessaires à l'existence). En outre, comme il ressort clairement de l'exposé du juge, la question à laquelle le jury devait répondre pour déterminer si l'intimé était coupable d'homicide involontaire coupable *à l'égard de l'un ou l'autre chef* était essentiellement la même. Compte tenu des circonstances, et notamment de la nature des blessures infligées et de leur gravité évidente, aucun fondement raisonnable ne permettait en l'espèce à un jury d'acquitter l'intimé du deuxième chef et de le déclarer coupable du premier chef. Le jury ne pouvait pas répondre à la fois « oui » et « non » à ce qui était substantiellement la même question, comme il l'a fait en réalité.

[5] Voilà le sens pur et simple des verdicts rendus au procès. Il faut résister, en appel, à la tentation d'occulter cette réalité sous un voile intellectuel. Nous devons nous garder, plus particulièrement, de concilier rétrospectivement les verdicts sur le

basis of abstract differences between the underlying offences — differences of little relevance on the facts of this case and, evidently for that reason, neither relied on by the Crown at trial nor specifically explained by the judge in his charge to the jury.

[6] With respect for those who are of a different view, I would dismiss the appeal and allow the cross-appeal. Elementary fairness and legal principle both command that result. The rest is commentary.

II

[7] The fault element required for conviction at trial was essentially common to both counts of manslaughter. On count 1, the requisite fault element was that of the underlying offence of criminal negligence; on count 2, the requisite fault element was that of failure to provide the necessities of life. Neither criminal negligence nor failure to provide the necessities of life requires proof of intention or actual foresight of a prohibited consequence. Under both counts, the jury was required to determine not what the respondent knew or intended, but what he *ought to have foreseen*.

[8] On the count alleging failure to provide necessities, the Crown was bound to establish that the respondent's failure to protect his foster child represented "a marked departure from the conduct of a reasonably prudent parent in circumstances where it was objectively foreseeable that the failure to provide the necessities of life would lead to a risk of danger to the life, or a risk of permanent endangerment to the health, of the child": *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122, at p. 143 (emphasis added). It will later become apparent why I have emphasized the word "risk" in this description of the offence by the Chief Justice, speaking for the Court on this point.

[9] On the count alleging criminal negligence, the Crown was bound to show that the respondent's very same omission represented a *marked*

fondement de distinctions abstraites entre les infractions sous-jacentes, distinctions sans grande pertinence compte tenu des faits en cause et que, manifestement pour cette raison, le ministère public n'a pas invoquées au procès et le juge du procès n'a pas expliquées expressément dans son exposé au jury.

[6] Avec égards pour ceux qui sont d'avis contraire, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'accueillir le pourvoi incident. Tant l'équité que les règles de droit élémentaires dictent ce résultat. Le reste n'est que commentaire.

II

[7] L'élément de faute nécessaire pour entraîner une déclaration de culpabilité était, pour l'essentiel, commun aux deux chefs d'accusation d'homicide involontaire coupable. Pour le premier chef, il s'agissait de l'élément de faute de l'infraction sous-jacente de négligence criminelle et, pour le deuxième chef, de l'élément de faute de l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence. Aucune de ces infractions n'exige la preuve de l'intention ou de la prévision réelle d'une conséquence prohibée. Le jury devait déterminer, à l'égard des deux chefs, non pas ce que savait l'intimé ou quelle était son intention, mais ce qu'il *aurait dû prévoir*.

[8] Quant au chef reposant sur l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence, il incombait au ministère public d'établir que l'omission de protéger l'enfant placé en famille d'accueil constituait « un écart marqué par rapport à la conduite d'un parent raisonnablement prudent dans des circonstances où il était objectivement prévisible que l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence risquerait de mettre en danger la vie de l'enfant ou d'exposer sa santé à un péril permanent » : *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122, p. 143 (je souligne). On comprendra plus tard pourquoi j'ai souligné le mot « risquerait » dans la description de l'infraction faite par le Juge en chef, qui s'exprimait au nom de la Cour sur ce point.

[9] Quant au chef alléguant la négligence criminelle, le ministère public devait démontrer que la même omission constituait un *écart marqué* et

and substantial departure (as opposed to a marked departure) from the conduct of a reasonably prudent parent in circumstances where the accused either recognized and ran an obvious and serious risk to the life of his child or, alternatively, gave no thought to that risk: *R. v. Tutton*, [1989] 1 S.C.R. 1392, at pp. 1430-31; *R. v. Sharp* (1984), 12 C.C.C. (3d) 428 (Ont. C.A.).

[10] The difference between a *marked departure* and a *marked and substantial departure* has been considered in several appellate decisions since *Naglik* and *Tutton*, mainly but not exclusively in the context of driving offences: See, for example, *R. v. Willock* (2006), 210 C.C.C. (3d) 60 (Ont. C.A.); *R. v. L. (J.)* (2006), 204 C.C.C. (3d) 324 (Ont. C.A.); *R. v. Palin* (1999), 41 M.V.R. (3d) 11, 135 C.C.C. (3d) 119 (Que. C.A.); *R. v. Fortier* (1998), 41 M.V.R. (3d) 221, 127 C.C.C. (3d) 217 (Que. C.A.); *R. v. Brown* (2000), 134 O.A.C. 151; *R. v. Baker* (2006), 209 C.C.C. (3d) 508 (Ont. C.A.); *R. v. E. (A.)* (2000), 146 C.C.C. (3d) 449 (Ont. C.A.). This case does not turn on the nature or extent of the difference between the two standards.

[11] A brief comment on this branch of the matter will therefore suffice. If the fault element under both counts was the same — if a *marked departure* was sufficient in both instances — an acquittal on one and a conviction on the other would be plainly inconsistent because both counts alleged the identical *actus reus* as well. It is undisputed, however, that criminal negligence, unlike failure to provide the necessities of life, involves a marked and *substantial* departure from the norm of a reasonable person. In this light, the verdicts at trial — not guilty of failing to provide necessities, yet guilty of criminal negligence — are not only inconsistent, but incomprehensible as well.

[12] Moreover, Parliament has made it clear not only in the relevant procedural provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, but also in the sentencing provisions that criminal negligence is the more serious of the two offences. Criminal

important (par opposition à un *écart marqué*) par rapport à la conduite d'un parent raisonnablement prudent dans des circonstances où l'accusé soit a eu conscience d'un risque grave et évident pour la vie de son enfant, sans pour autant l'écarter, soit ne lui a accordé aucune attention : *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392, p. 1430-1431; *R. c. Sharp* (1984), 12 C.C.C. (3d) 428 (C.A. Ont.).

[10] Depuis *Naglik* et *Tutton*, diverses cours d'appel se sont penchées sur ce qui différencie l'*écart marqué* de l'*écart marqué et important*, principalement, mais non exclusivement dans le contexte d'infractions en matière de conduite automobile : voir, par exemple, *R. c. Willock* (2006), 210 C.C.C. (3d) 60 (C.A. Ont.); *R. c. L. (J.)* (2006), 204 C.C.C. (3d) 324 (C.A. Ont.); *R. c. Palin* (1999), 41 M.V.R. (3d) 11 (C.A. Qué.); *R. c. Fortier* (1998), 41 M.V.R. (3d) 221 (C.A. Qué.); *R. c. Brown* (2000), 134 O.A.C. 151; *R. c. Baker* (2006), 209 C.C.C. (3d) 508 (C.A. Ont.); *R. c. E. (A.)* (2000), 146 C.C.C. (3d) 449 (C.A. Ont.). Cependant, la présente affaire ne porte ni sur la nature ni sur l'étendue des différences entre ces deux normes.

[11] Un bref commentaire sur cette question suffira donc. Si l'élément de faute des deux chefs était le même — si un *écart marqué* était suffisant dans les deux cas — il y aurait manifestement incompatibilité de verdicts en cas d'acquiescement à l'égard d'un chef et de déclaration de culpabilité à l'égard de l'autre, car l'*actus reus* des deux chefs était également identique. Or, nul ne conteste que la négligence criminelle, contrairement à l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence, suppose l'existence d'un écart marqué *et important* par rapport à la norme de la personne raisonnable. Ainsi, non seulement les verdicts rendus au procès — non coupable d'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence, mais coupable de négligence criminelle — sont incompatibles, mais ils sont incompréhensibles.

[12] En outre, le législateur a indiqué clairement, non seulement dans les dispositions procédurales applicables du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, mais également dans les dispositions relatives à la peine, que la négligence criminelle est la

negligence causing bodily harm must be prosecuted by indictment; failure to provide the necessities of life, a hybrid offence, can be prosecuted either by indictment or on summary conviction. Criminal negligence is punishable by a maximum of 10 years' imprisonment; failure to provide the necessities of life is punishable, on indictment, by a maximum of 5 years (at the time of trial, 2 years) and, on summary conviction, by 18 months (at the time of trial, 6 months).

[13] That criminal negligence is a more serious offence, signifying more blameworthy conduct, has been recognized by the courts as well. This is reflected in cases where the accused has been found guilty of both offences: Applying the rule against multiple convictions in accordance with *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729, and *R. v. Provo*, [1989] 2 S.C.R. 3, courts have systematically recorded a conviction of criminal negligence, as the more serious of the two offences, and entered a stay on the charge of failure to provide the necessities of life (see, for example, *R. v. Johnson*, 2007 CarswellOnt 7765 (Ct. J.)). And in the few reported cases where the accused was finally acquitted of one of these offences and convicted of the other, the conviction was for failure to provide the necessities of life and the acquittal for criminal negligence (see, for example, *R. v. J.R.B.*, [2002] N.J. No. 296 (QL) (Prov. Ct.); *R. v. Fitze* (2000), 35 C.R. (5th) 114 (Alta. Q.B.)). I am not aware of a single case in which a conviction has been recorded for failing to provide the necessities of life and a stay entered for criminal negligence pursuant to the rule against multiple convictions.

[14] Needless to say, I refer here to the rule against multiple convictions for the sole purpose

plus grave des deux infractions. Une poursuite pour négligence criminelle causant des lésions corporelles doit être engagée par voie de mise en accusation, tandis qu'une poursuite pour omission de fournir les choses nécessaires à l'existence — infraction hybride — peut être engagée soit par voie de mise en accusation soit par procédure sommaire. La négligence criminelle est punissable d'un emprisonnement maximal de 10 ans, tandis que l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence est punissable d'un emprisonnement maximal de 5 ans (2 ans, au moment du procès) lorsque le ministère public procède par acte d'accusation, et de 18 mois (6 mois, au moment du procès) lorsqu'il opte pour la procédure sommaire.

[13] Les tribunaux ont eux aussi reconnu que la négligence criminelle est une infraction plus grave, dénotant une conduite plus blâmable. C'est ce qui ressort des causes dans lesquelles l'accusé a été reconnu coupable des deux infractions : appliquant la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples conformément aux arrêts *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729, et *R. c. Provo*, [1989] 2 R.C.S. 3, les tribunaux ont systématiquement inscrit une déclaration de culpabilité à l'égard de la négligence criminelle, comme la plus grave des deux infractions, et ordonné l'arrêt des procédures à l'égard de l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence (voir, par exemple, *R. c. Johnson*, 2007 CarswellOnt 7765 (C.J.)). En outre, dans les rares décisions publiées où l'accusé a été acquitté de l'une des infractions et déclaré coupable de l'autre, la déclaration de culpabilité visait l'infraction d'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence, et l'acquittement celle de négligence criminelle (voir, par exemple, *R. c. J.R.B.*, [2002] N.J. No. 296 (QL) (C. prov.); *R. c. Fitze* (2000), 35 C.R. (5th) 114 (B.R. Alb.)). Je ne connais aucune cause où, en application de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples, une déclaration de culpabilité a été inscrite quant à un chef d'omission d'avoir fourni les choses nécessaires à l'existence et un arrêt des procédures a été ordonné quant à un chef de négligence criminelle.

[14] Il va sans dire que je mentionne ici la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples

of demonstrating that courts have generally treated criminal negligence as a more serious offence than failure to provide the necessities of life. The rule against multiple convictions applies, of course, only to *multiple convictions* — which is not our case. Our concern, rather, is with the rule against inconsistent verdicts, a conceptually distinct rule that precludes *a conviction on one charge* which cannot be reasonably reconciled with *an acquittal on the other*. More specifically, our concern is with the application of the rule against inconsistent verdicts to the facts and circumstances of this case. Nothing in these reasons is meant to modify in any way either the rule against multiple convictions or the rule against inconsistent verdicts.

[15] Thus, in *Provo* the accused — unlike the appellant in this case — *was found guilty on two counts*. Applying the rule against multiple convictions, the trial judge mistakenly entered an acquittal on the less serious charge. This Court held that the judge was bound instead to have entered a conditional stay, permitting the Court of Appeal, after quashing the conviction for the more serious charge, to substitute a conviction on the less serious charge upon which the accused had been *found guilty at trial* but erroneously “acquitted”.

[16] The relative seriousness of the two offences explains as well why criminal negligence has generally been held to require *a marked and substantial* departure from the norm (see, for example, *Palin; Fortier; L. (J.); Willock; Brown; Baker; E. (A.)*), while failure to provide the necessities of life has been held to require only a *marked* departure from the norm (see, for example, *Naglik*, at p. 143).

[17] As I have already mentioned, the verdicts at trial signify that a lesser degree of fault was not

uniquement dans le but de démontrer que les tribunaux traitent généralement la négligence criminelle comme une infraction plus grave que l’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence. Cette règle ne s’applique, évidemment, qu’aux *déclarations de culpabilité multiples* — ce qui n’est pas le cas en l’espèce. Notre examen met plutôt en cause la règle interdisant les verdicts incompatibles, une règle distincte sur le plan conceptuel, qui interdit *une déclaration de culpabilité relativement à une accusation* qu’on ne peut raisonnablement concilier avec *un acquittement relativement à l’autre accusation*. Nous nous intéressons plus particulièrement à l’application de la règle interdisant les verdicts incompatibles aux faits et circonstances dont nous sommes saisis. Les présents motifs ne visent absolument pas à modifier de quelque façon que ce soit la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples ou la règle interdisant les verdicts incompatibles.

[15] Ainsi, dans l’affaire *Provo*, l’accusé — contrairement à l’appelant en l’espèce — *a été déclaré coupable de deux chefs d’accusation*. En appliquant la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples, le juge du procès a inscrit à tort un acquittement relativement à l’infraction la moins grave. La Cour a statué que le juge aurait plutôt dû inscrire une suspension conditionnelle pour permettre à la cour d’appel, après avoir annulé la déclaration de culpabilité relative à l’infraction la plus grave, de lui substituer une déclaration de culpabilité relativement à l’infraction la moins grave, à l’égard de laquelle la *culpabilité de l’accusé avait été établie au procès*, mais dont il avait été « acquitté » à tort.

[16] La gravité relative des deux infractions explique également pourquoi on a généralement statué que la négligence criminelle exige *un écart marqué et important* par rapport à la norme (voir, par exemple, *Palin; Fortier; L. (J.); Willock; Brown; Baker; E. (A.)*), tandis que l’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence n’exige qu’un *écart marqué* (voir, par exemple, *Naglik*, p. 143).

[17] Comme je l’ai déjà mentionné, les verdicts rendus au procès signifient que le degré de faute

established, while a greater degree of fault was proven beyond a reasonable doubt. Even if the jury treated the fault requirements as equivalent, the verdicts would remain inconsistent because, as we have seen, the *actus reus* for both offences was, on the facts of this case, identical. In either case, the respondent's conviction cannot stand.

III

[18] The Crown submits that the verdicts at trial are not inconsistent in view of the "operative statutory distinctions" between criminal negligence and failure to provide the necessities of life. The Crown relies as well on an instruction of the trial judge that it characterizes as erroneous in law.

[19] I shall deal more fully with each of these grounds in turn, but find it helpful to explain immediately, briefly and respectfully, why I disagree with them both.

[20] First, for the reasons already given, I think it unfair in principle and wrong in law to reconcile the respondent's conviction and acquittal by the jury on the basis of theoretical considerations that formed no part of the case against the accused at trial. Even if they had been raised at trial, which they were not, the distinctions raised by the Crown (and by Justice Deschamps) would not render consistent the respondent's acquittal and conviction on the facts of this case.

[21] Second, reading the judge's charge as a whole, I am not persuaded that he misdirected the jury with respect to the count on which the respondent was acquitted. In any event, as a matter of legal process and the legitimacy of verdicts, I would decline to uphold the respondent's conviction on the ground that it can be reconciled with his acquittal on another count of the same indictment *on the basis of a legal error at trial*.

inférieur n'aurait pas été établi, alors que le degré de faute supérieur aurait été prouvé hors de tout doute raisonnable. Même si le jury a considéré que les exigences en matière de faute étaient équivalentes, ces verdicts demeurent incompatibles car, comme on l'a vu, l'*actus reus* des deux infractions était identique en l'espèce. Dans un cas comme dans l'autre, la déclaration de culpabilité de l'intimé ne peut être maintenue.

III

[18] Le ministère public fait valoir que les verdicts prononcés au procès ne sont pas incompatibles compte tenu des « distinctions opérantes créées par la loi » entre la négligence criminelle et l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence. Le ministère public se fonde également sur une directive du juge du procès qu'il qualifie d'erronée en droit.

[19] J'examinerai chacun de ces moyens tour à tour, mais j'estime utile d'expliquer d'emblée, brièvement et avec égards, pourquoi je les rejette l'un et l'autre.

[20] Premièrement, pour les motifs déjà exprimés, j'estime qu'il est inéquitable en principe et erroné en droit de faire appel à des considérations théoriques qui n'ont pas été invoquées contre l'accusé au procès pour tenter de concilier les verdicts de culpabilité et de non-culpabilité rendus par le jury. Même si elles avaient été plaidées au procès, ce qui n'a pas été le cas, les distinctions sur lesquelles s'appuient le ministère public (et la juge Deschamps) ne rendraient pas ces deux verdicts compatibles, compte tenu des faits de l'espèce.

[21] Deuxièmement, après avoir lu l'exposé au jury, considéré globalement, je ne suis pas convaincu que le juge ait donné une directive erronée au sujet du chef dont l'intimé a été acquitté. De toute manière, pour des raisons tenant au processus judiciaire et à la légitimité des verdicts, je refuserais de confirmer la déclaration de culpabilité de l'intimé au motif qu'une *erreur de droit commise au procès* permet de la concilier avec son acquittement quant à un autre chef figurant dans le même acte d'accusation.

IV

[22] Essentially then, the Crown argues that the respondent's conviction of manslaughter by criminal negligence is consistent, for two reasons, with his acquittal of manslaughter by failing to provide the necessities of life: The first relates to "operative statutory distinctions" between the two predicate offences; the second, to an instruction by the trial judge now said to be erroneous but explicitly acquiesced in by the Crown at trial. The Crown recognizes that a *risk* of harm was the governing test under both counts. But the jury was directed — erroneously, in the Crown's view — to apply a test of likelihood — not *risk* — on the count alleging failure to provide the necessities of life. On the basis of this impugned instruction by the trial judge, the Crown now argues that the jury could reasonably, though wrongly as a matter of law, find the respondent not guilty of failing to provide the necessities of life in omitting to protect his child from the violence of his spouse — but nonetheless guilty of criminal negligence *because of the very same omission*.

[23] As I have already made plain, I would not allow the appeal on the basis of what the Crown characterizes as an erroneous instruction in law. On an allegation by the Crown that the trial judge erred in this regard, the appropriate recourse would have been for the Crown to appeal the acquittal and not for this Court to uphold the conviction on another count. This is particularly true where, as mentioned earlier, Crown counsel expressly acquiesced in the instruction now said to be erroneous. Finally, verdicts are deemed inconsistent — and therefore unreasonable as a matter of law — if no *properly instructed* jury could reasonably have returned them both: *R. v. Pittiman*, [2006] 1 S.C.R. 381, 2006 SCC 9. Improper instructions do not make improper verdicts proper. Nor do they make inconsistent verdicts consistent.

IV

[22] Le ministère public plaide essentiellement que le verdict de culpabilité de l'intimé pour homicide involontaire coupable résultant de la négligence criminelle est compatible, pour deux raisons, avec son acquittement de l'accusation d'homicide involontaire coupable résultant de l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence. La première a trait aux « distinctions opérantes créées par la loi » entre les deux infractions sous-jacentes; la deuxième, à une directive du juge du procès à laquelle le ministère public a expressément donné son accord lors du procès, mais qu'il dit maintenant erronée. Le ministère public reconnaît que le critère applicable aux deux infractions est celui du *risque* de préjudice. Or, le juge a demandé au jury, à tort selon le ministère public, de déterminer si l'omission de fournir les choses nécessaires à la vie était de nature à causer un préjudice — plutôt que d'appliquer le critère du *risque*. Selon le ministère public, cette directive permettait au jury de conclure raisonnablement — bien qu'à tort, en droit — que l'intimé n'était pas coupable du défaut de fournir à l'enfant les choses nécessaires à l'existence en omettant de le protéger contre la violence de sa conjointe, mais qu'il était coupable de négligence criminelle *du fait de cette même omission*.

[23] Comme je l'ai déjà indiqué, je ne suis pas disposé à accueillir le pourvoi sur le fondement d'une directive que le ministère public dit erronée en droit. Si le juge du procès a commis une erreur de cette nature, le ministère public aurait dû porter l'acquiescement en appel, plutôt que de demander à notre Cour de confirmer la déclaration de culpabilité à l'égard d'un autre chef. Cela vaut plus particulièrement dans un cas où, comme je viens de le mentionner, le ministère public a expressément donné son accord à la directive qu'il prétend maintenant erronée. Enfin, des verdicts sont réputés incompatibles — et, par conséquent, déraisonnables en droit — si aucun jury *ayant reçu des directives appropriées* n'aurait pu rendre raisonnablement les deux verdicts : *R. c. Pittiman*, [2006] 1 R.C.S. 381, 2006 CSC 9. Des directives inappropriées n'ont pas pour effet de valider des verdicts incorrects, ni de remédier à l'incompatibilité des verdicts.

[24] In fairness to the trial judge, I think it important to add that his recharge was in full conformity with the submissions of counsel. It related what he had earlier said to the express terms of s. 215(2)(a)(ii) of the *Criminal Code*. I agree that the relationship between “risk”, “endangers”, and “is likely to” in the context of that provision could have been more felicitously explained; I am satisfied, however, that the jury is unlikely to have been misled by the trial judge’s recharge with respect to the Crown’s burden of proof under count 2.

[25] The respondent was charged in that count with manslaughter for failing to provide his foster child, K.M., with one of the necessities of life — protection from the injuries inflicted on K.M. by the respondent’s spouse. Reading the judge’s recharge in the context of his instructions as a whole, the jury may safely be thought to have understood that the respondent was guilty under count 2 if (1) his failure to protect the child contributed to the child’s death and (2) a reasonable parent in the same circumstances would have foreseen that failing to protect K.M. would cause the child’s health to be endangered permanently. Bearing in mind the severe injuries suffered by K.M. and the duration of the violence to which he was subjected, no reasonable parent could have foreseen the inevitable and real risk of permanent harm but nonetheless found that harm to be “unlikely”.

[26] I turn in this context to the second ground upon which the Crown urges us to find that the verdicts are not inconsistent. This ground is advanced in the following terms:

To prove criminal negligence, the Crown must establish that the accused showed a wanton disregard for the life or safety of a person that he or she was legally bound to protect. To found a conviction on failing to provide the necessities of life however, the accused must be proven to have shown such a disregard that the person’s life is endangered or their health is permanently endangered. To be certain, there is some overlap between the types of harm that children are to be protected against and both offences require an objective

[24] En toute justice pour le juge du procès, je tiens à ajouter que son nouvel exposé au jury était entièrement conforme aux observations des avocats. Il se rapportait à ce qu’il avait dit antérieurement au sujet du libellé exprès du sous-al. 215(2)a(ii) du *Code criminel*. Je conviens que les liens entre les termes « risque », « met en danger » et « est de nature à », dans le contexte de cette disposition, auraient pu être mieux expliqués. J’estime cependant peu probable que le nouvel exposé du juge du procès aux jurés les ait induits en erreur quant au fardeau de la preuve qui incombait au ministère public relativement au deuxième chef.

[25] Ce chef accusait l’intimé d’homicide involontaire coupable pour omission de fournir à K.M., dont il était parent nourricier, l’une des choses nécessaires à son existence, c’est-à-dire de le protéger contre les blessures que lui a infligées sa conjointe. Lorsqu’on considère la nouvelle directive dans le contexte de l’ensemble de l’exposé au jury, on peut croire sans crainte que le jury avait compris que l’intimé était coupable à l’égard du deuxième chef si (1) son omission de protéger l’enfant avait contribué au décès de l’enfant et (2) un parent raisonnable placé dans les mêmes circonstances aurait prévu que l’omission de protéger K.M. exposerait sa santé à un péril permanent. Compte tenu de la gravité des blessures de K.M. et de la durée des sévices dont il a été victime, aucun parent raisonnable n’aurait pu prévoir le risque réel et inévitable de préjudice permanent et conclure, malgré tout, que l’omission n’était pas « de nature à » entraîner ce préjudice.

[26] Dans ce contexte, j’aborde le second moyen invoqué par le ministère public pour nous convaincre de statuer que les verdicts ne sont pas incompatibles. Cet argument est formulé ainsi :

[TRADUCTION] Pour prouver la négligence criminelle, le ministère public doit établir que l’accusé a montré une insouciance déréglée à l’égard de la vie ou de la sécurité d’une personne que la loi l’obligeait à protéger. Pour justifier une condamnation pour omission de fournir les choses nécessaires à l’existence, il faut prouver que l’accusé a montré une insouciance telle que la vie de la personne est mise en danger ou que sa santé est exposée à un péril permanent. Certes, il existe un certain chevauchement entre les types de préjudices

foreseeability of some type of harm. However, there is a critical difference in the gravity of harm that needs to be foreseen between “safety” and permanent endangerment to health. [Emphasis deleted; A.F., at para. 38.]

[27] This abstract distinction between the two offences, like the first, is of little relevance on the facts of this case. Evidently for that reason, as I suggested earlier, neither distinction was relied on by the Crown at trial nor specifically explained by the judge in his charge to the jury. Indeed, the distinction between safety and permanent endangerment to health — the principal ground advanced by the Crown and relied upon by Justice Deschamps — *was at no time raised by either side throughout the entire course of the trial.*

[28] Nor was it mentioned by the trial judge in his charge to the jury. At the hearing of the appeal, Crown counsel was invited to “tell us where in the charge to the jury the judge explained that they could find a risk to safety without finding a risk to the [child’s] permanent endangerment to health”. She was, of course, unable to do so. Crown counsel was then asked whether the trial judge “[d]id . . . actually draw that distinction between the two [underlying offences]”. Quite properly, Crown counsel acknowledged that she “didn’t see where there was that directive in the charge” (transcript, at p. 18).

[29] This, too, was perfectly understandable in light of the facts of the case, notably the nature and extent of the injuries suffered by the victim. Understandably as well, the trial judge used the terms “health” and “safety” *interchangeably* in his instructions to the jury.

[30] In his instructions on criminal negligence, the trial judge stated:

contre lesquels les enfants doivent être protégés et les deux infractions exigent qu’un certain type de préjudice soit objectivement prévisible. Il existe toutefois une différence cruciale entre la « sécurité » et un péril permanent pour la santé sur le plan de la gravité du préjudice qui doit être prévu. [Soulignement omis; m.a., par. 38.]

[27] Comme la première distinction, cette distinction abstraite entre les deux infractions est sans grande pertinence vu les faits en cause. C’est d’ailleurs manifestement pour cette raison, comme je l’ai déjà indiqué, que le ministère public ne les a invoquées ni l’une ni l’autre au procès et que le juge du procès ne les a pas expliquées expressément dans son exposé au jury. De fait, la distinction entre la sécurité et un péril permanent pour la santé — distinction qui constitue le principal argument plaidé par le ministère public et sur lequel se fonde la juge Deschamps — *n’a jamais été invoquée à quelque moment que ce soit, par l’une ou l’autre des parties, de toute la durée du procès.*

[28] Le juge du procès n’a pas lui non plus mentionné cette distinction dans son exposé au jury. Lors de l’audition du pourvoi, l’avocate du ministère public a été invitée à [TRADUCTION] « indiquer où, dans l’exposé au jury, le juge a expliqué aux jurés qu’ils pouvaient conclure à l’existence d’un risque pour la sécurité sans conclure à celle d’un risque de péril permanent pour la santé [de l’enfant] ». Bien sûr, elle a été incapable de le faire. À la question suivante de savoir si le juge du procès [TRADUCTION] « a [. . .] effectivement fait cette distinction entre les deux [infractions sous-jacentes] », l’avocate du ministère public a répondu, à juste titre, en reconnaissant qu’elle n’avait [TRADUCTION] « pas vu où se trouvait cette directive dans l’exposé » (transcription, p. 18).

[29] Cette réponse était, elle aussi, tout à fait compréhensible compte tenu des faits en cause, plus particulièrement de la nature et de l’étendue des blessures subies par la victime. Il est aussi compréhensible que le juge du procès ait employé *de façon interchangeable* les mots « santé » et « sécurité » dans ses directives au jury.

[30] Dans ses directives au sujet de la négligence criminelle, le juge a dit :

Your approach to assessing the foreseeability of illegal violence here must proceed, not from the standpoint of what [J.F.] foresaw but, objectively, from the perspective of what a reasonable parent in identical circumstances could foresee. . . . Rather, you must consider whether there was a discernible risk of more than trifling or short-lived bodily harm to the child which a reasonable parent in the like circumstances would have appreciated and taken steps to prevent. [Emphasis added; A.R., at p. 543.]

[31] And, shortly afterward:

If you are satisfied beyond a reasonable doubt that [J.F.] had a duty to protect [K.M.] and that he failed to do it, you must go on to the next question.

Did [J.F.] show a wanton or reckless disregard for the health or safety of [K.M.]?

Crown counsel has to prove beyond a reasonable doubt that the failure of [J.F.] to protect [K.M.] from harm at the hands of [his wife] showed a wanton or reckless disregard for the health or safety of [K.M.].

. . . .

Criminal negligence requires more than just carelessness. For [J.F.] to be found criminally negligent, his failure to take protective steps on [K.M.'s] behalf must constitute a marked and substantial departure from what a reasonably prudent parent would do in the same circumstances. Crown counsel may prove this in either of two ways: by proving that [J.F.] was aware of a danger or risk to the health or safety of [K.M.] but ignored that risk; or by proving that [J.F.] failed to direct his mind to the risk to the health or safety of [K.M.] which a reasonable parent would have understood.

. . . .

Crown counsel does not have to prove that [J.F.] knew or foresaw that his failure to take protective steps would result in the death of [K.M.]. If [J.F.]'s failure to act, viewed objectively, constitutes a marked and substantial departure from what we expect of a reasonably prudent parent in the same circumstances, criminal negligence has been established whether or not [J.F.] recognized the risk to the health or safety of [K.M.]. [Emphasis added; A.R., at pp. 545-46.]

[TRADUCTION] Pour évaluer la prévisibilité de la violence illégale vous devez procéder, ici, non pas du point de vue de ce que [J.F.] a prévu, mais objectivement, en considérant ce qu'un parent raisonnable pourrait prévoir dans des circonstances identiques. [. . .] Vous devez plutôt examiner s'il existait un risque discernable que l'enfant subisse des lésions corporelles qui ne seraient pas anodines ou de nature passagère, risque qu'un parent raisonnable, placé dans des circonstances similaires, aurait reconnu et à l'égard duquel il aurait pris des mesures de prévention. [Je souligne; d.a., p. 543.]

[31] Et, il a ajouté peu après :

[TRADUCTION] Si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable que [J.F.] avait le devoir de protéger [K.M.] et qu'il a manqué à ce devoir, vous devez passer à la question suivante.

[J.F.] a-t-il montré une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la santé ou de la sécurité de [K.M.]?

Le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable que l'omission de [J.F.] de protéger [K.M.] contre la violence de [sa conjointe] démontrait une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la santé ou de la sécurité de [K.M.].

. . . .

La négligence criminelle nécessite plus que la simple imprudence. Pour que [J.F.] soit déclaré coupable de négligence criminelle, il faut que son omission de prendre des mesures de protection à l'égard de [K.M.] constitue un écart marqué et important par rapport à la conduite d'un parent raisonnablement prudent dans les mêmes circonstances. Le ministère public peut faire cette preuve de deux façons : il peut démontrer que [J.F.] était conscient d'un danger ou risque pour la santé ou la sécurité de [K.M.], mais n'en a pas tenu compte, ou il peut prouver que [J.F.] n'a pas envisagé le risque pour la santé ou la sécurité de [K.M.] dont un père ou une mère raisonnable se serait rendu compte.

. . . .

Le ministère public n'est pas tenu de prouver que [J.F.] savait ou prévoyait que son omission de prendre des mesures de protection entraînerait la mort de [K.M.]. Si l'omission de [J.F.], considérée objectivement, constitue un écart marqué et important par rapport à ce qu'on attend d'un parent raisonnablement prudent dans les mêmes circonstances, la négligence criminelle a été établie, que [J.F.] ait reconnu ou non le risque pour la santé ou la sécurité de [K.M.]. [Je souligne; d.a., p. 545-546.]

[32] In his instructions on failing to provide the necessities of life, the trial judge instructed the jury that the Crown is required to prove that the failure of the accused to provide the necessities of life was a marked departure from what a reasonable parent would do in the same circumstances. He proceeded to explain that the Crown could do so in either of two ways: “by proving that [J.F.] was aware of a danger or risk to the health or safety of [K.M.] but ignored that risk; or by proving that [J.F.] failed to direct his mind to the risk to the health or safety of [K.M.] which a reasonable parent would have understood” (A.R., at p. 603 (emphasis added)).

[33] Neither counsel objected to these instructions.

[34] Finally, in imposing sentence, the trial judge observed that the jury necessarily found that the accused “was aware of the risk to the health or safety of [K.M.] from his wife’s conduct but ignored that risk, or alternatively, he failed to direct his mind to the risk to the health or safety of the child that a reasonable parent would have understood” (A.R., at p. 641 (emphasis added)).

[35] In these circumstances, I am persuaded that the “operative statutory distinctions” advanced by the Crown on this appeal were hardly “operative” at all. Neither explains satisfactorily the inconsistent verdicts at trial.

V

[36] In *Tutton*, speaking for the Court on the relationship between criminal negligence and failure to provide necessities, McIntyre J. explained the appropriate analytical framework in the clearest of terms. Justice McIntyre’s reasons, framed in accordance with the wording of the indictment in that case, are nonetheless applicable to the present appeal:

The task of a trial judge charging a jury in these circumstances would be difficult and, in my view, it would

[32] Dans ses directives relatives à l’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence, le juge du procès a indiqué au jury que le ministère public doit prouver que l’omission constitue un écart marqué et important par rapport à ce qu’un parent raisonnable ferait dans les mêmes circonstances. Il a ensuite expliqué que le ministère public pouvait faire cette preuve de deux façons : [TRADUCTION] « il peut démontrer que [J.F.] était conscient d’un danger ou risque pour la santé ou la sécurité de [K.M.], mais n’en a pas tenu compte, ou il peut prouver que [J.F.] n’a pas envisagé le risque pour la santé ou la sécurité de [K.M.] dont un père ou une mère raisonnable se serait rendu compte » (d.a., p. 603 (je souligne)).

[33] Aucun des avocats ne s’est opposé à ces directives.

[34] Enfin, dans sa décision sur la peine, le juge a écrit que le jury avait nécessairement conclu que l’accusé [TRADUCTION] « était conscient du risque que la conduite de sa femme représentait pour la santé ou la sécurité de [K.M.], mais qu’il n’en avait pas tenu compte ou bien qu’il n’avait pas envisagé le risque pour la santé ou la sécurité de [K.M.] dont un père ou une mère raisonnable se serait rendu compte » (d.a., p. 641 (je souligne)).

[35] Dans ces circonstances, je suis convaincu que les « distinctions opérantes créées par la loi » invoquées par le ministère public en l’espèce n’étaient pas vraiment « opérantes ». Aucune d’entre elles n’explique de façon satisfaisante les verdicts incompatibles rendus au procès.

V

[36] Dans *Tutton*, le juge McIntyre, qui s’exprimait au nom de la Cour sur le lien entre la négligence criminelle et l’omission de fournir les choses nécessaires à la vie, a exposé le cadre analytique applicable en des termes on ne peut plus clairs. Les motifs du juge McIntyre, bien que libellés en fonction de l’acte d’accusation en cause, n’en sont pas moins applicables en l’espèce :

Un exposé au jury dans de telles circonstances est une tâche difficile et, à mon sens, le juge du procès doit tenir

be necessary to keep clearly separate the two offences or the elements of the two offences which must be dealt with. This could be achieved by approaching the charge in two steps. The first step, I suggest, would be to deal with the underlying offence in s. 197(2) [now s. 215] of the *Code*, for under this indictment until this question is settled no approach can be made to the crime of manslaughter actually charged. The jury should be instructed on the elements of the offence under s. 197 and told that for a conviction under that section they must be satisfied beyond a reasonable doubt that the appellants were under a duty to provide necessities of life to their son, and that they failed to do so without lawful excuse. If they were not so satisfied, they would acquit the accused and go no further, for the sole basis of the manslaughter allegation would be gone. If, however, they were to find that the accused had failed to provide the necessities without lawful excuse, then it would be necessary for them to go further and consider whether in such failure they had shown a wanton and reckless disregard for the life and safety of their son. If the jury were satisfied beyond a reasonable doubt that such conduct had been shown and that it had caused the death of the child, they would be obligated to convict of manslaughter, and on this indictment that is the only way a conviction of manslaughter could be reached. If, on the other hand, the jury were not so satisfied, they would be required to acquit the accused of the crime of manslaughter. If, however, they were satisfied that the necessities of life had been withheld but in doubt as to whether the deprivation was the cause of the son's death, they could in that case convict of the included offence under s. 197 [Emphasis added; pp. 1427-28.]

[37] I agree with McIntyre J. that where criminal negligence is “piggy-backed” onto an alleged failure to provide the necessities of life — as it was explicitly in *Tutton* and, in effect, here as well — the analysis may be expected to proceed in two stages. The jury would then consider whether the accused had a duty to protect the child — that is, to provide the necessities of life — and whether the accused failed in that duty. If so, the jury would be entitled to find that the accused committed an offence under s. 215(2)(a)(ii). The jury would then be required to decide whether the accused, in failing to provide the necessities of life, showed a wanton or reckless disregard for the life or safety

nettement distincts les deux infractions ou les éléments des infractions à examiner. On peut y arriver par une étude de l'accusation en deux temps. Le premier, à mon avis, consisterait à examiner l'infraction sous-jacente prévue au par. 197(2) du *Code* [maintenant l'art. 215], car en vertu de l'acte d'accusation tant que cette question n'a pas été réglée, il n'est pas possible d'aborder la question de l'homicide involontaire coupable dont les intimés sont accusés. Le jury doit recevoir des directives quant aux éléments de l'infraction prévue à l'art. 197 et être avisé que, pour rendre un verdict de culpabilité en vertu de cet article, il doit être convaincu hors de tout doute raisonnable que les accusés étaient tenus de fournir à leur fils les choses nécessaires à l'existence et qu'ils ont omis de le faire sans excuse légitime. Si le jury n'en est pas convaincu, il doit acquitter les accusés et ne pas aller plus loin, car tout le fondement de l'allégation d'homicide involontaire coupable disparaît. Cependant, si le jury devait conclure que les accusés ont omis de fournir les choses nécessaires à l'existence de leur fils sans excuse légitime, il serait alors tenu de procéder plus avant et de se demander si les accusés, en agissant de la sorte, ont montré une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité de leur fils. Si le jury était convaincu hors de tout doute raisonnable qu'une telle conduite avait été démontrée et qu'elle avait causé la mort de l'enfant, il serait tenu de rendre un verdict d'homicide involontaire coupable; selon le présent acte d'accusation, c'est la seule façon de parvenir à un tel verdict. Si, par ailleurs, le jury n'était pas convaincu de ce qui précède, il aurait l'obligation d'acquitter les accusés de l'accusation d'homicide involontaire coupable. Si, toutefois, le jury était convaincu que la victime avait été privée des choses nécessaires à l'existence, mais s'il n'était pas certain que cette privation avait causé sa mort, le jury pourrait dans ce cas reconnaître les accusés coupables de l'infraction comprise prévue à l'art. 197 [Je souligne; p. 1427-1428.]

[37] J'estime, comme le juge McIntyre, que lorsque la négligence criminelle se greffe à une omission alléguée de fournir les choses nécessaires à l'existence — comme c'était le cas explicitement dans *Tutton* et comme c'est en fait le cas en l'espèce aussi — on peut s'attendre à ce que l'analyse s'effectue en deux étapes. Le jury se demanderait alors si l'accusé avait envers l'enfant une obligation de protection — c'est-à-dire l'obligation de lui fournir les choses nécessaires à l'existence — et s'il a manqué à cette obligation. Si c'est le cas, le jury pourrait conclure que l'accusé a commis l'infraction décrite au sous-al. 215(2)(a)(ii). Il lui faudrait alors déterminer si, en omettant de fournir les choses nécessaires

of the child. If so, the jury would be bound to find the accused guilty of criminal negligence. If not, the jury could still find the accused guilty of failure to provide the necessities of life, but not of criminal negligence.

VI

[38] For all of these reasons, I agree with the majority in the Court of Appeal that the verdicts rendered at trial are inconsistent and that the respondent's conviction of manslaughter by criminal negligence must therefore be quashed.

[39] Unlike the Court of Appeal, however, I would not order a new trial. In an appropriate case, of which this is not one, a new trial may well be ordered where the verdicts at first instance are found to be inconsistent.

[40] Here, the respondent was found not to have committed manslaughter by failing to provide the necessities of life. His conviction of manslaughter by criminal negligence could only be supported on a new trial upon a finding, contrary to the jury's conclusion in this case, that the respondent did in fact fail in his duty to protect his child, the "necessar[y] of life" that was the factual foundation and the gravamen of both counts.

[41] The respondent's acquittal was not appealed. To order a new trial in these circumstances would deprive the respondent of the benefit of that acquittal, now final, and expose him on the new trial to a finding that he did in fact commit the offence of which he was acquitted, definitively, by the jury in this case.

[42] In the result, I would affirm the order of the Court of Appeal setting aside the respondent's conviction; dismiss the Crown's appeal against that

à l'existence, l'accusé a montré une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité de l'enfant. Si oui, il serait tenu de déclarer l'accusé coupable de négligence criminelle. Si non, il pourrait encore déclarer l'accusé coupable d'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence, mais non de négligence criminelle.

VI

[38] Pour tous ces motifs, je souscris à l'opinion des juges majoritaires de la Cour d'appel que les verdicts rendus au procès sont incompatibles et que la déclaration de culpabilité de l'intimé à l'égard de l'infraction d'homicide involontaire coupable résultant de la négligence criminelle doit être annulée.

[39] Toutefois, contrairement à la Cour d'appel, je n'ordonnerais pas la tenue d'un nouveau procès. La conclusion que des verdicts sont incompatibles pourrait donner lieu à une telle ordonnance dans des circonstances qui le justifient, mais ce n'est pas le cas en l'espèce.

[40] Ici, le jury a conclu que l'intimé n'avait pas commis d'homicide involontaire coupable résultant d'une omission de fournir les choses nécessaires à l'existence. Il ne pourrait être reconnu coupable d'homicide involontaire coupable par négligence criminelle, lors d'un nouveau procès, que sur le fondement d'une conclusion contraire à celle que le jury a tirée en l'espèce, à savoir qu'il a effectivement omis de s'acquitter de l'obligation qui lui incombait envers l'enfant de prendre des mesures pour le protéger, la « chos[e] nécessair[e] à l'existence » qui constituait le fondement factuel et l'élément essentiel des deux chefs d'accusation.

[41] Le verdict d'acquiescement n'a pas été porté en appel. Dans ces circonstances, ordonner la tenue d'un nouveau procès priverait l'intimé du bénéfice de cet acquiescement, maintenant définitif, et l'exposerait au risque qu'à l'issue de ce nouveau procès, on tire la conclusion qu'il a en fait commis l'infraction dont il a été définitivement acquitté par le jury en l'espèce.

[42] Je suis donc d'avis de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel annulant la déclaration de culpabilité de l'intimé, de rejeter le pourvoi du ministère

order; and allow the respondent's cross-appeal against the subsidiary order of the Court of Appeal directing a new trial on the charge of manslaughter by criminal negligence and order that an acquittal be entered instead.

The following are the reasons delivered by

[43] DESCHAMPS J. (dissenting) — This appeal raises questions about the nature of the enquiry a court of appeal should conduct when an appellant contends that two verdicts are inconsistent. In considering such an argument, the court of appeal must determine whether the verdict appealed from is “unreasonable” (s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46) because it “tends to indicate that the jury must have been confused as to the evidence or must have reached some sort of unjustifiable compromise” (*R. v. McShannock* (1980), 55 C.C.C. (2d) 53 (Ont. C.A.), at p. 56, approved in *R. v. Pittiman*, [2006] 1 S.C.R. 381, 2006 SCC 9, at para. 7). I have read the reasons of my colleague Fish J. and, with respect, I cannot agree with his approach, which broadens the rule and creates a new but ill-defined notion of inconsistent verdicts. I would allow the appeal and restore the conviction.

[44] K.M. was four years old when he died of injuries suffered in the foster home he had been living in for two months. His foster parents were charged. The foster mother, V.F., pleaded guilty to manslaughter. J.F., her husband, was charged with manslaughter by criminal negligence and manslaughter by failing to provide the necessities of life. He was convicted on the count of criminal negligence and acquitted of the one of failing to provide the necessities of life. The issue in this Court is whether these are inconsistent verdicts.

1. Facts and Judicial History

[45] K.M. came into the care of the foster home on April 15, 2000. Soon after, on May 2, nurse

public contre cette ordonnance, d'accueillir le pourvoi incident de l'intimé à l'encontre de l'ordonnance subsidiaire de la Cour d'appel prescrivant la tenue d'un nouveau procès relativement à l'accusation d'homicide involontaire coupable par négligence criminelle et d'ordonner l'inscription d'un acquittement.

Version française des motifs rendus par

[43] LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) — Le pourvoi porte sur la nature de l'examen que les cours d'appel doivent effectuer lorsqu'un appelant invoque l'incompatibilité de deux verdicts. Pour statuer sur ce moyen, elles doivent déterminer si le verdict porté en appel est « déraisonnable » (sous-al. 686(1)a(i) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« *C. cr.* »)), parce qu'il [TRADUCTION] « tend à indiquer que le jury doit avoir mal compris la preuve ou qu'il doit être parvenu à un quelconque compromis injustifiable » (*R. c. McShannock* (1980), 55 C.C.C. (2d) 53 (C.A. Ont.), p. 56, approuvé dans *R. c. Pittiman*, [2006] 1 R.C.S. 381, 2006 CSC 9, par. 7). J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Fish et, en toute déférence, je ne puis souscrire à son raisonnement qui élargit la règle et crée une nouvelle notion, mal définie, d'incompatibilité des verdicts. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité.

[44] K.M. est décédé à l'âge de quatre ans à la suite de blessures subies dans le foyer d'accueil où il vivait depuis deux mois. Des accusations ont été portées contre ses parents nourriciers. La mère nourricière, V.F., a reconnu sa culpabilité à l'accusation d'homicide involontaire coupable. Son mari, J.F., a été accusé d'homicide involontaire coupable résultant de la négligence criminelle et d'homicide involontaire coupable résultant de l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence. Il a été déclaré coupable du chef de négligence criminelle, mais acquitté de celui fondé sur l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence. Notre Cour doit déterminer s'il s'agit de verdicts incompatibles.

1. Faits et historique judiciaire

[45] K.M. a été placé dans le foyer d'accueil le 15 avril 2000. Peu après, soit le 2 mai, l'infirmière

Michelle De Coene conducted a physical examination of the child. The purpose of this examination was to document any injuries, determine whether any care was needed, and comment on the child's immunization status. During her examination, Ms. De Coene noticed nothing unusual — K.M. had no bruising, scrapes or cuts, his abdomen was soft, and he showed no indication of soreness or tenderness.

[46] On May 19, R.G., a friend of the foster mother, noticed a bruise in the middle of K.M.'s forehead, marks on his chin and scratches on the top of his head. She was surprised when she saw the scratches, because she had seen none like them on children before, and she drew her sister's attention to them. However, the thought that K.M.'s foster mother was mistreating him did not occur to her.

[47] Sometime in the month before K.M.'s death, L.K., also a friend of the foster mother, noticed a large bruise on his eye that extended across his face from one cheek to the other. However, L.K. saw K.M. at his home about one week before his death and did not notice any injuries.

[48] J.F.'s mother, Jean F., said that K.M. had visited her home fewer than 10 times during the two months he lived with her son. She testified that her husband had bought K.M. a bicycle and that K.M. had fallen off the bike several times. She had not seen many bruises on K.M., nor had she ever seen either of the foster parents strike him. Jean F. did not really see K.M. during her last visit to the house before his death.

[49] Approximately one week before K.M.'s death, J.K., the foster mother of K.M.'s biological sister, noted that his behaviour was different. She testified that he was acting "scared". However, K.M. had visited her home twice, and she had not seen any injuries on him.

[50] Three days before K.M.'s death, L.K. and another friend went shopping with the foster mother

Michelle De Coene a examiné l'enfant, afin de détecter l'existence de lésions, d'établir si l'enfant avait besoin de soins et de vérifier son dossier de vaccination. Elle n'a alors rien remarqué d'anormal — K.M. ne présentait aucune ecchymose, égratignure ou coupure, son abdomen était souple et il ne montrait signe ni de douleur ni de sensibilité au toucher.

[46] Le 19 mai suivant, R.G., une amie de la mère nourricière, a remarqué que K.M. avait une ecchymose au milieu du front, des marques au menton et des égratignures sur le dessus de la tête. Les égratignures l'ont surprise parce qu'elle n'en avait jamais vu de pareilles sur un enfant, et elle les a montrées à sa sœur. Il ne lui est cependant pas venu à l'esprit que K.M. était maltraité par sa mère nourricière.

[47] Au cours du mois précédant le décès de K.M., une autre amie de sa mère nourricière, L.K., a remarqué qu'il avait une large ecchymose à l'œil, qui s'étendait jusqu'à la joue du côté opposé de son visage, mais elle n'a observé aucune blessure sur lui lorsqu'elle l'a vu chez lui une semaine environ avant son décès.

[48] La mère de J.F., Jean F., a déclaré que K.M. était venu chez elle moins de dix fois pendant les deux mois où il avait vécu chez son fils. Elle a témoigné que son mari lui avait acheté une bicyclette et que K.M. avait fait plusieurs chutes à vélo. Elle n'a pas observé beaucoup d'ecchymoses sur K.M. et elle n'a jamais vu non plus l'un ou l'autre de ses parents nourriciers le frapper. Jean F. n'a pas vraiment vu K.M. lors de sa dernière visite chez lui avant son décès.

[49] À peu près une semaine avant le décès de K.M., J.K., la mère nourricière de la sœur biologique de K.M., a constaté que le comportement de l'enfant avait changé. Selon son témoignage, il agissait comme s'il [TRADUCTION] « avait peur ». Cependant, les deux fois où K.M. est venu chez elle, elle n'a vu aucune blessure sur lui.

[50] Trois jours avant la mort de K.M., L.K. et une autre amie sont allées faire des courses avec la mère

and K.M. They heard the foster mother call K.M. “stupid”, which L.K. testified was unusual because she did not normally speak to people like that. The other woman heard the foster mother yell at the child again when they returned to the residence.

[51] On Tuesday, June 20, J.F. was home the morning his wife inflicted the wounds that caused K.M.’s death. He told the police that he was sleeping when the injuries occurred and awoke only when his wife came running into the room holding the child, saying that he was not breathing properly. This account of the morning’s events differed from what he told the Chief of the First Nation Territory of Sandy Lake (that his wife came in to tell him something was wrong with the child, whom he found in another room), his mother (that he found the child on the floor), and a friend, D.K. (that he heard a bang and saw the child lying on the floor).

[52] J.F. took K.M. to the local nursing station. When they arrived, the child was not breathing and had no pulse. The nurse, Ms. De Coene, observed that “he had bruises all over his body, to his face, his neck . . . his arms and his legs”. She testified that he had an abrasion on his neck, blueness around his lips, lacerations on his chin, a slightly infected wound at the top of his foot, a swollen nose and dried blood in his right nostril, and that his fore-skin was scraped and swollen. She added that she had never before seen a child in this condition and that she was “shocked by the number of bruises” he had.

[53] Despite efforts to save him, K.M. died shortly after arriving at the nursing station.

[54] The cause of death was determined to be multiple blunt traumas to the head. The interval between K.M.’s fatal injuries and his death was between two and three hours. In addition to the multiple blunt traumas to his head, he suffered haemorrhaging in the small bowel. This was caused by the application

nourricière et K.M. Elles ont entendu la mère nourricière le traiter de [TRADUCTION] « stupide ». Selon le témoignage de L.K., cela n’était pas normal, car la mère nourricière n’avait pas l’habitude de parler aux gens de cette façon. L’autre amie a entendu cette dernière s’adresser à nouveau à l’enfant en hurlant à leur retour à la maison.

[51] Le mardi 20 juin, J.F. était à la maison le matin où sa conjointe a infligé les blessures mortelles à K.M. Il a déclaré à la police qu’il dormait à ce moment-là, et qu’il ne s’était réveillé que lorsque sa conjointe était entrée en trombe dans la chambre avec l’enfant dans les bras en disant qu’il ne respirait pas bien. Ce compte rendu des événements diffère de celui qu’il a fait au chef de la Première nation de Sandy Lake (à qui il a dit que sa conjointe était venue le voir pour lui dire que le garçon n’allait pas bien et qu’il l’avait trouvé dans une autre pièce), à sa mère (à qui il a dit avoir trouvé le garçon sur le plancher) et à un ami, D.K., (à qui il a dit avoir entendu un boum, puis avoir vu le garçon qui gisait sur le plancher).

[52] J.F. a amené K.M. au poste local de soins infirmiers. À leur arrivée, l’enfant ne respirait pas et n’avait plus de pouls. L’infirmière, M^{me} De Coene, a constaté qu’il [TRADUCTION] « avait des ecchymoses sur tout le corps, au visage, au cou [. . .] aux bras et aux jambes ». Elle a aussi déclaré qu’il avait le cou éraflé, le tour des lèvres bleuté, des lacerations au menton, une blessure légèrement infectée sur le dessus du pied, le nez tuméfié, du sang séché dans la narine droite et le prépuce enflé et éraflé. Elle a témoigné qu’elle n’avait jamais vu un enfant dans un état pareil et qu’elle était [TRADUCTION] « consternée par le nombre d’ecchymoses ».

[53] Malgré les efforts déployés pour le sauver, l’enfant est décédé peu après son arrivée au poste de soins infirmiers.

[54] Le décès a été attribué à de multiples traumatismes à la tête causés par un objet contondant. On a estimé qu’il s’était écoulé entre deux et trois heures entre les blessures fatales et la mort. Aux multiples traumatismes à la tête s’ajoutait une hémorragie à l’intestin grêle, consécutive à l’application

of significant force. An expert testified that within 10 minutes of suffering these types of injuries, the child would have been crying, his level of consciousness would have been affected, he might have had a seizure and he may have vomited.

[55] The police investigation into K.M.'s death revealed that his blood was on two towels, his bed sheet, a comforter, the wall of his bedroom, the wall of the master bedroom and the bathroom floor. The police also found a child's t-shirt that was stained and smelled of vomit. There was an indentation in the bathroom wall with several cracks at approximately K.M.'s height. One of his hairs was found imbedded in the cracks, along with traces of his blood. Three knives were found in the bathroom.

[56] J.F. gave three statements to the police — one on the day K.M. died and two the following day. In his third statement, J.F. told the police that on the night before K.M.'s death, he had seen multiple bruises on the child's legs, arms and chest and a "scratch" on his penis. J.F. said that he had asked K.M. where he got the scratch, and that K.M. told him the family puppy had bitten his penis. J.F. then asked K.M. to show him where he was hurting, and the child indicated his thighs, chest, arms and the back of his head. J.F. felt the back of K.M.'s head and noted that it felt swollen. K.M. told him that he got the bump by falling off his bike. J.F. also indicated that on the Thursday before K.M.'s death, he had seen bruises on his body but no mark on his penis (A.R., at p. 244).

[57] Both J.F. and his wife were charged in relation to the death. J.F.'s wife admitted to having inflicted the blunt trauma that caused K.M.'s death and pleaded guilty to manslaughter. J.F. was charged, in a single indictment, with two counts of manslaughter, the first by criminal negligence under s. 219 of the *Criminal Code* and the second by the unlawful act of failing to provide the necessities of life under s. 215 of the *Code*. A jury convicted him of manslaughter by criminal negligence and acquitted him of manslaughter by failing

d'une force importante. Selon le témoignage d'un expert, dans les 10 minutes suivant ce type de lésions, l'enfant aurait normalement pleuré, son état de conscience aurait été affecté, et il aurait pu avoir des convulsions et vomir.

[55] Les enquêteurs de la police ont trouvé du sang de l'enfant sur deux serviettes, sur les draps de son lit, sur une couette, sur les murs de sa chambre et de la chambre principale et sur le plancher de la salle de bain. Les policiers ont également trouvé un t-shirt d'enfant qui était souillé et qui sentait le vomi. Un mur de la salle de bain était renfoncé et fissuré à une hauteur qui correspondait à peu près à la taille de K.M. On a découvert un des cheveux de l'enfant et des traces de son sang dans les fissures. Trois couteaux ont été trouvés dans les toilettes.

[56] J.F. a fait trois déclarations à la police : une le jour de la mort de K.M. et deux le lendemain. Dans sa troisième déclaration, il a dit à la police que, le soir précédant le décès, il avait remarqué de nombreuses ecchymoses sur les jambes, les bras et la poitrine de l'enfant ainsi qu'une éraflure sur son pénis. J.F. a déclaré qu'il avait demandé à K.M. comment il s'était fait cette éraflure, et que l'enfant lui avait répondu que le chiot de la famille l'avait mordu. J.F. avait alors demandé au garçon de lui montrer où il avait mal, et ce dernier lui a montré ses cuisses, sa poitrine, ses bras et l'arrière de sa tête. J.F. lui avait palpé l'arrière de la tête et avait remarqué qu'elle semblait enflée. L'enfant lui avait expliqué qu'il s'était fait cette bosse en tombant de son vélo. J.F. a aussi indiqué qu'il avait observé la présence d'ecchymoses sur l'enfant le jeudi précédant son décès, mais aucune marque au pénis (d.a., p. 244).

[57] Des accusations ont été portées tant contre J.F. que contre sa conjointe. Celle-ci a avoué avoir infligé à l'enfant le traumatisme qui avait causé sa mort avec un objet contondant et elle a plaidé coupable à l'accusation d'homicide involontaire coupable. Un acte d'accusation unique a été déposé contre J.F. Il comportait deux chefs d'homicide involontaire coupable, le premier résultant de la négligence criminelle, au sens de l'art. 219 *C. cr.*, et le second de l'omission illégale de fournir les choses nécessaires à l'existence, au sens de l'art. 215 *C. cr.* Un jury

to provide the necessities of life. J.F. appealed his conviction.

[58] The Ontario Court of Appeal overturned the conviction and ordered a new trial ((2007), 226 O.A.C. 119, 2007 ONCA 500). MacFarland J.A., writing for the majority, held that the two verdicts were inconsistent and irreconcilable. Lang J.A., in dissent, found the verdicts to be consistent in light of the qualitative differences between the two offences and the trial judge's instructions to the jury. The Crown appeals to this Court on the basis that the majority of the Court of Appeal for Ontario erred in law by concluding that the verdicts were inconsistent. J.F. cross-appeals and argues that an acquittal ought to have been entered instead of a new trial being ordered.

2. Analysis

2.1 *Inconsistent Verdicts: Pittiman*

[59] The controlling issue in the present appeal is whether the verdicts are inconsistent. The law was recently reviewed in *Pittiman*. Charron J. explained, at paras. 6-7:

A court of appeal's power to set aside a verdict of guilt on the ground that it is inconsistent is found under s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code* which provides that the court "may allow the appeal where it is of the opinion that . . . the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence". This Court has the power to make the same order under s. 695(1). Hence, before an appellate court may interfere with a verdict on the ground that it is inconsistent, the court must find that the verdict is unreasonable. The appellant bears the onus to show that no reasonable jury whose members had applied their minds to the evidence could have arrived at that conclusion: *R. v. McLaughlin* (1974), 15 C.C.C. (2d) 562 (Ont. C.A.).

a déclaré J.F. coupable d'homicide involontaire coupable par négligence criminelle, mais l'a acquitté de l'accusation d'homicide involontaire coupable résultant de l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence. J.F. a interjeté appel du verdict de culpabilité.

[58] La Cour d'appel de l'Ontario a infirmé la déclaration de culpabilité et a ordonné la tenue d'un nouveau procès ((2007), 226 O.A.C. 119, 2007 ONCA 500). S'exprimant au nom de la majorité, la juge MacFarland a conclu que les deux verdicts étaient incompatibles et inconciliables. La juge Lang, dissidente, a estimé qu'il n'y avait pas incompatibilité, compte tenu des différences d'ordre qualitatif entre les deux infractions et des directives du juge au jury. Le ministère public se pourvoit devant notre Cour en faisant valoir que les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario ont commis une erreur de droit en concluant à l'incompatibilité des verdicts. J.F. a formé un pourvoi incident dans lequel il soutient qu'ils auraient dû inscrire un acquittement plutôt que d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

2. Analyse

2.1 *L'incompatibilité des verdicts : l'arrêt Pittiman*

[59] La seule question qui se pose en l'espèce est celle de la compatibilité des verdicts. L'arrêt récent *Pittiman* a examiné le droit applicable à cet égard. La juge Charron y a expliqué ce qui suit, aux par. 6 et 7 :

Une cour d'appel est habilitée à rejeter un verdict de culpabilité pour cause d'incompatibilité en vertu du sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code criminel*, qui prévoit que la cour « peut admettre l'appel, si elle est d'avis [. . .] que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve ». Notre Cour a le même pouvoir en vertu du par. 695(1). Ainsi, pour qu'une cour d'appel puisse modifier un verdict pour cause d'incompatibilité, elle doit préalablement conclure qu'il est déraisonnable. Il incombe à l'appelant de démontrer qu'aucun jury raisonnable dont les membres auraient étudié la preuve n'aurait pu arriver à cette conclusion : *R. c. McLaughlin* (1974), 15 C.C.C. (2d) 562 (C.A. Ont.).

The onus of establishing that a verdict is unreasonable on the basis of inconsistency with other verdicts is a difficult one to meet because the jury, as the sole judge of the facts, has a very wide latitude in its assessment of the evidence. The jury is entitled to accept or reject some, all or none of any witness's testimony. Indeed, individual members of the jury need not take the same view of the evidence so long as the ultimate verdict is unanimous. Similarly, the jury is not bound by the theories advanced by either the Crown or the defence. The question is whether the verdicts are supportable on any theory of the evidence consistent with the legal instructions given by the trial judge. Martin J.A. aptly described the nature of the inquiry in *R. v. McShannock* (1980), 55 C.C.C. (2d) 53 (Ont. C.A.), at p. 56, as follows:

Where on any realistic view of the evidence, the verdicts cannot be reconciled on any rational or logical basis the illogicality of the verdict tends to indicate that the jury must have been confused as to the evidence or must have reached some sort of unjustifiable compromise. We would, on the ground that the verdict is unreasonable alone, allow the appeal, set aside the verdict, and direct an acquittal to be entered.

(Emphasis added; emphasis in original deleted.)

[60] As can be seen from Martin J.A.'s reasons in *McShannock*, the scope of the notion of inconsistent verdicts has, until now, been seen to be narrow. This notion has been confined to instances where the reviewing court finds that the jury must have been confused or must have reached some sort of unjustifiable compromise. In *Pittiman*, this Court did not depart from this narrow view. In Fish J.'s reasons, the notion is extended to cases where a clear explanation for the verdicts is found in the record.

[61] After outlining the law as it relates to the offences for which J.F. was charged, I will explain why J.F. has not met the onus of proving that the verdicts were inconsistent.

2.2 *Alleged Offences*

[62] The indictment laying out the charges against J.F. read as follows:

Il est difficile de s'acquitter de l'obligation d'établir qu'un verdict est déraisonnable pour cause d'incompatibilité avec d'autres verdicts étant donné que, à titre de seul juge des faits, le jury dispose d'une très grande latitude pour apprécier la preuve. Le jury peut accepter ou rejeter tous les témoignages ou une partie de ceux-ci. En fait, il n'est pas nécessaire que les membres du jury aient tous la même perception de la preuve, pourvu que le verdict qu'ils prononcent en fin de compte soit unanime. De même, le jury n'est pas lié par les thèses du ministère public ou de la défense. La question est de savoir si les verdicts peuvent s'appuyer sur une théorie de la preuve compatible avec les directives juridiques données par le juge du procès. Le juge Martin a décrit avec justesse la nature de l'examen dans l'arrêt *R. c. McShannock* (1980), 55 C.C.C. (2d) 53 (C.A. Ont.), p. 56 :

[TRADUCTION] Si, après un examen réaliste de la preuve, les verdicts ne peuvent pas être conciliés pour quelque motif rationnel ou logique, l'illogisme du verdict tend à indiquer que le jury doit avoir mal compris la preuve ou qu'il doit être parvenu à un quelconque compromis injustifiable. Du seul fait que le verdict est déraisonnable, nous sommes d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler le verdict et d'ordonner l'inscription d'un verdict d'acquiescement.

(Je souligne; soulignement dans l'original omis.)

[60] Comme le démontrent les motifs du juge Martin dans *McShannock*, jusqu'à maintenant, on a attribué une portée étroite à la notion d'incompatibilité des verdicts. Elle se limite aux cas où le tribunal qui examine les verdicts conclut que le jury doit avoir mal compris la preuve ou doit être parvenu à un quelconque compromis injustifiable. Dans *Pittiman*, la Cour ne s'est pas écartée de cette vision étroite. Dans ses motifs, le juge Fish étend cette notion aux cas où une explication claire des verdicts ressort du dossier.

[61] Après avoir donné un aperçu du droit applicable aux infractions dont J.F. était accusé, j'expliquerai pourquoi J.F. n'a pas démontré que les verdicts sont incompatibles.

2.2 *Les accusations portées*

[62] L'acte d'accusation déposé contre J.F. lui reprochait d'avoir :

... that

[J.F.] between the 15th day of April 2000, and the 20th day of June 2000 ... did unlawfully cause the death of [K.M.] by criminal negligence and did thereby commit manslaughter, contrary to Section 236(b) of the Criminal Code of Canada.

And further that

[J.F.] between the 15th day of April 2000, and the 20th day of June 2000 ... did unlawfully cause the death of [K.M.] by means of an unlawful act, to wit failing to provide the necessities of life to [K.M.], and did thereby commit manslaughter, contrary to Section 236(b) of the Criminal Code of Canada.

J.F. was thus charged with two counts of manslaughter, the first by criminal negligence under s. 219 of the *Criminal Code* and the second by the unlawful act of failing to provide the necessities of life under s. 215.

[63] The relevant provisions of the *Criminal Code* are:

215. (1) Every one is under a legal duty

(a) as a parent, foster parent, guardian or head of a family, to provide necessities of life for a child under the age of sixteen years;

. . . .

(2) Every one commits an offence who, being under a legal duty within the meaning of subsection (1), fails without lawful excuse, the proof of which lies on him, to perform that duty, if

(a) with respect to a duty imposed by paragraph (1)(a) or (b),

. . . .

(ii) the failure to perform the duty endangers the life of the person to whom the duty is owed, or causes or is likely to cause the health of that person to be endangered permanently; or

. . . .

219. (1) Every one is criminally negligent who

. . . .

[TRANSLATION] ... d'avoir

... entre le 15 avril 2000 et le 20 juin 2000 [...] illégalement causé la mort de [K.M.] par négligence criminelle, commettant ainsi l'infraction d'homicide involontaire coupable prévue à l'alinéa 236b) du Code criminel du Canada.

Et d'avoir :

... entre le 15 avril 2000 et le 20 juin 2000 [...] illégalement causé la mort de [K.M.] par suite d'un acte illégal, à savoir, en omettant de fournir à [K.M.] les choses nécessaires à l'existence, commettant ainsi l'infraction d'homicide involontaire coupable prévue à l'alinéa 236b) du Code criminel du Canada.

J.F. devait donc répondre à deux accusations d'homicide involontaire coupable, la première résultant de la négligence criminelle (art. 219 *C. cr.*), et la seconde de l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence (art. 215 *C. cr.*).

[63] Voici les dispositions pertinentes du *Code criminel* :

215. (1) Toute personne est légalement tenue :

a) en qualité de père ou mère, de parent nourricier, de tuteur ou de chef de famille, de fournir les choses nécessaires à l'existence d'un enfant de moins de seize ans;

. . . .

(2) Commet une infraction quiconque, ayant une obligation légale au sens du paragraphe (1), omet, sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, de remplir cette obligation, si :

a) à l'égard d'une obligation imposée par l'alinéa (1)a) ou b) :

. . . .

(ii) ou bien l'omission de remplir l'obligation met en danger la vie de la personne envers laquelle cette obligation doit être remplie, ou expose, ou est de nature à exposer, à un péril permanent la santé de cette personne;

. . . .

219. (1) Est coupable de négligence criminelle quiconque :

. . . .

(b) in omitting to do anything that it is his duty to do,

shows wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons.

(2) For the purposes of this section, “duty” means a duty imposed by law.

. . .

222. . . .

(5) A person commits culpable homicide when he causes the death of a human being,

(a) by means of an unlawful act;

(b) by criminal negligence;

. . .

234. Culpable homicide that is not murder or infanticide is manslaughter.

236. Every person who commits manslaughter is guilty of an indictable offence and liable

. . .

(b) in any other case, to imprisonment for life.

[64] The essential elements of the offences of criminal negligence by omission and of failing to provide the necessities of life differ. The offences are both negligence-based, however.

[65] The underlying premise for finding fault in respect of a negligence-based offence lies in the “failure to direct the mind to a risk [of harm] which the reasonable person would have appreciated” (*R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3, at p. 58). However, the fault element is in large part premised on the *actus reus*. Indeed, the inquiry into the *actus reus* entails an objective assessment of the specific risk of harm at issue. The judge will determine what the specific risk is by looking at the words of the statute. For example, for the purposes of various *Criminal Code* offences, the risk of harm can be defined as “in a manner that is dangerous to the public” (s. 249(1)(a)), “in a careless manner or

b) soit en omettant de faire quelque chose qu’il est de son devoir d’accomplir,

montre une insouciance déréglée ou téméraire à l’égard de la vie ou de la sécurité d’autrui.

(2) Pour l’application du présent article, « devoir » désigne une obligation imposée par la loi.

. . .

222. . . .

(5) Une personne commet un homicide coupable lorsqu’elle cause la mort d’un être humain :

a) soit au moyen d’un acte illégal;

b) soit par négligence criminelle;

. . .

234. L’homicide coupable qui n’est pas un meurtre ni un infanticide constitue un homicide involontaire coupable.

236. Quiconque commet un homicide involontaire coupable est coupable d’un acte criminel passible :

. . .

b) dans les autres cas, de l’emprisonnement à perpétuité.

[64] Les éléments essentiels des infractions de négligence criminelle par omission et d’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence diffèrent, mais ces infractions sont toutes deux fondées sur la négligence.

[65] Dans les infractions fondées sur la négligence, la source de la faute réside dans « l’omission d’envisager un risque [de préjudice] dont une personne raisonnable se serait rendu compte » (*R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, p. 58). Toutefois, l’élément fautif repose en grande partie sur l’*actus reus*. D’ailleurs, l’examen de l’*actus reus* suppose l’évaluation objective du risque particulier en cause. Le juge qui procède à cet examen détermine quel est ce risque en se reportant au texte de loi. Par exemple, selon l’infraction prévue au *Code criminel*, le risque de préjudice peut être défini différemment : « d’une façon dangereuse pour le public » (al. 249(1)a), « d’une manière négligente ou sans prendre suffisamment

without reasonable precautions for the safety of other persons” (s. 86(1)), “shows . . . disregard for the lives or safety of other persons” (s. 219(1)), or “endangers the life of the person to whom the duty is owed, or causes or is likely to cause the health of that person to be endangered permanently” (s. 215(2)(a)(ii)). The risk of harm is therefore generally set out in the statutory description of the *actus reus*.

[66] The *actus reus* of failing to provide the necessities of life will be established if it is proved (1) that the accused was under a legal duty to provide the necessities of life to the person in question pursuant to s. 215(1)(a); (2) that, from an objective standpoint, he or she failed to perform the duty; and (3) that, again from an objective standpoint, this failure endangered the life of the person to whom the duty was owed, or caused or was likely to cause the health of that person to be endangered permanently. Following Charron J.’s reasoning in *R. v. Beatty*, [2008] 1 S.C.R. 49, 2008 SCC 5, the marked departure standard is not applied at this point, since “[n]othing is gained by adding to the words of [the statute] at this stage of the analysis” (para. 45).

[67] The *mens rea* of failing to provide the necessities of life will be established if it is proved that the conduct of the accused represented a marked departure from the conduct of a reasonable parent, foster parent, guardian or family head in the same circumstances. The conduct must represent a marked departure because, as Lamer C.J. indicated: “Unlike negligence under civil law, which is concerned with the apportionment of loss, penal negligence is concerned with the punishment of moral blameworthiness” (*R. v. Gosset*, [1993] 3 S.C.R. 76, at p. 93). As Charron J. stated: “The degree of negligence is the determinative question because criminal fault must be based on conduct that merits punishment” (*Beatty*, at para. 35). Thus, “penal negligence punishes a *marked* departure from an objectively reasonable standard of care” (*R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122, at p. 142 (emphasis in original)).

de précautions pour la sécurité d’autrui » (par. 86(1)), « montre une insouciance [. . .] à l’égard de la vie ou de la sécurité d’autrui » (par. 219(1)) ou « met en danger la vie de la personne envers laquelle cette obligation doit être remplie, ou expose, ou est de nature à exposer, à un péril permanent la santé de cette personne » (sous-al. 215(2)(a)(ii)). Le risque de préjudice est donc généralement défini dans la description légale de l’*actus reus*.

[66] L’*actus reus* de l’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence s’établit par la preuve (1) que l’accusé était légalement tenu de fournir les choses nécessaires à l’existence de la personne en cause, au sens de l’al. 215(1)(a); (2) que, d’un point de vue objectif, il a manqué à cette obligation et (3) que ce manquement, toujours d’un point de vue objectif, a mis en danger la vie de la personne envers laquelle il était ainsi tenu, ou a exposé, ou était de nature à exposer, la santé de cette personne à un péril permanent. Suivant le raisonnement de la juge Charron dans *R. c. Beatty*, [2008] 1 R.C.S. 49, 2008 CSC 5, le critère de l’écart marqué par rapport à la norme ne s’applique pas à ce stade car, « [à] cette étape de l’analyse, il est inutile d’ajouter quoi que ce soit au texte de [loi] » (par. 45).

[67] La *mens rea* de l’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence s’établit par la preuve que la conduite de l’accusé représentait un écart marqué par rapport à la conduite d’un père ou d’une mère, d’un parent nourricier, d’un tuteur ou d’un chef de famille raisonnable dans les mêmes circonstances. La conduite doit constituer un écart marqué car, ainsi que l’a indiqué le juge en chef Lamer : « Contrairement à la négligence en matière civile, qui appelle une répartition des pertes, la négligence pénale donne lieu à la punition de la conduite moralement blâmable » (*R. c. Gosset*, [1993] 3 R.C.S. 76, p. 93). En effet, pour reprendre les mots de la juge Charron : « Le degré de négligence constitue la question déterminante, parce que la faute criminelle doit être fondée sur un comportement qui mérite d’être puni » (*Beatty*, par. 35). Ainsi, « la négligence pénale permet de sanctionner un écart *marqué* par rapport à une norme de diligence objectivement raisonnable » (*R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122, p. 142 (en italique dans l’original)).

[68] Turning to the offence of criminal negligence, the *actus reus* will be established if it is proved (1) that the accused was under a legal duty to do something; (2) that, from an objective standpoint, he or she failed to perform the duty; and (3) that in failing to perform the duty, he or she showed, again from an objective standpoint, wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons. Proof of the *mens rea* will flow from a finding that the conduct of the accused was wanton or reckless. Wanton or reckless behaviour has been equated with a marked and substantial departure from the norm (H. Parent, *Traité de droit criminel* (2nd ed. 2007), vol. 2, at p. 299), which necessarily includes behaviour that constitutes a marked departure.

[69] From the above discussion, it is clear that the two offences do not have the same *actus reus*. It is true that they may involve the same legal duty. However, in addition to the fact that criminal negligence requires evidence of wanton or reckless conduct, whereas the standard for a failure to provide the necessities of life is a marked departure from the conduct of a reasonable person in the same circumstances, the offences involve different types of risk of harm. In the *actus reus* of criminal negligence, the risk of harm is defined as “shows . . . disregard for the lives or safety of other persons”, whereas in the *actus reus* of the failure to provide the necessities of life, it is defined as “endangers the life of the person to whom the duty is owed, or causes or is likely to cause the health of that person to be endangered permanently”. In the present case, the trial judge clearly understood that the offence of failing to provide the necessities of life involves a distinct type of harm. His instructions to the jury on this point were clear.

2.3 Judge’s Instructions on Type of Harm

[70] In his charge to the jury, the trial judge set out the essential elements of each offence as follows (for the purposes of the analysis, I have divided his instructions on criminal negligence into steps to

[68] Pour ce qui est de la négligence criminelle, l’*actus reus* sera établi s’il est prouvé (1) que l’accusé était légalement tenu d’accomplir quelque chose; (2) qu’il a omis, d’un point de vue objectif, de s’acquitter de son devoir légal et, (3) que, par cette omission, il a montré, encore une fois d’un point de vue objectif, une insouciance déréglée ou téméraire à l’égard de la vie ou de la sécurité d’autrui. La preuve de la *mens rea* découlera de la conclusion que la conduite de l’accusé était déréglée ou téméraire. La conduite déréglée ou téméraire a été assimilée à un écart marqué et important par rapport à la norme (H. Parent, *Traité de droit criminel* (2^e éd. 2007), t. 2, p. 299), ce qui inclut nécessairement la conduite constituant un écart marqué.

[69] Il ressort clairement des paragraphes précédents que l’*actus reus* des deux infractions diffère. Certes, le même devoir légal peut être en cause dans les deux infractions mais, hormis le fait que la négligence criminelle exige la preuve d’une conduite déréglée ou téméraire, tandis que l’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence requiert celle d’un écart marqué par rapport à la conduite d’une personne raisonnable dans les mêmes circonstances, le risque de préjudice diffère pour chacune des infractions. S’agissant de la négligence criminelle, le risque de préjudice est décrit en ces termes par l’*actus reus* de l’infraction : « . . . montre une insouciance [. . .] à l’égard de la vie ou de la sécurité d’autrui. » S’agissant de l’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence, le risque de préjudice est défini en ces termes par l’*actus reus* : « . . . met en danger la vie de la personne envers laquelle cette obligation doit être remplie, ou expose, ou est de nature à exposer, à un péril permanent la santé de cette personne ». Il ne fait aucun doute, en l’espèce, que le juge du procès a compris que l’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence comportait un risque de préjudice distinct. Les directives qu’il a données au jury sont claires sur ce point.

2.3 Les directives au jury sur le risque de préjudice

[70] Voici comment le juge a présenté les éléments essentiels de chaque infraction dans son exposé au jury (pour faciliter l’analyse, j’ai divisé ses directives concernant la négligence criminelle en utilisant

parallel the steps he used in discussing the count of failing to provide the necessaries of life):

les mêmes étapes que le juge a utilisées à l'égard de l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence) :

[TRADUCTION]

Criminal Negligence

Failing to Provide
the Necessaries of Life

Négligence criminelle

Omission de fournir les
choses nécessaires à
l'existence

For the Crown to establish criminal negligence causing death, Crown counsel must prove each of the following essential elements beyond a reasonable doubt: that [J.F.] failed to take proper steps to protect [K.M.] [Step 1]; that in failing to take proper steps to protect [K.M.], [J.F.] showed a wanton or reckless disregard for the safety of [K.M.] [Step 2]; that [J.F.]'s failure to take proper steps caused [K.M.]'s death [Step 4]. [A.R., at pp. 541-42]

For you to find [J.F.] guilty on count 2, Crown counsel must prove each of the following essential elements beyond a reasonable doubt: That [J.F.] owed a legal duty to provide the necessaries of life to [K.M.] and that [J.F.] failed in that duty [Step 1]; (2) that in failing to provide the necessaries of life to [K.M.], [J.F.] showed a marked departure from the conduct of a reasonably prudent parent in the same circumstances [Step 2]; (3) that in failing to provide the necessaries of life, [J.F.] endangered the life of [K.M.], or caused or was likely to cause his health to be permanently endangered [Step 3]; (4) that such failure caused the death of [K.M.] [Step 4]. [A.R., at pp. 600-601]

Pour établir la négligence criminelle ayant causé la mort, le ministère public doit prouver chacun des éléments essentiels suivants hors de tout doute raisonnable : que [J.F.] n'a pas pris les mesures voulues pour protéger [K.M.] [étape 1]; qu'en ne prenant pas les mesures voulues pour protéger [K.M.], [J.F.] a montré une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité de [K.M.] [étape 2]; que l'omission de [J.F.] de prendre les mesures voulues a causé la mort de [K.M.] [étape 4]. [d.a., p. 541-542]

Pour que vous déclariez [J.F.] coupable du deuxième chef, le ministère public doit prouver chacun des éléments essentiels suivants hors de tout doute raisonnable : que [J.F.] était légalement tenu de fournir les choses nécessaires à l'existence de [K.M.] et qu'il a omis de remplir cette obligation [étape 1]; (2) que l'omission de [J.F.] de fournir les choses nécessaires à l'existence de [K.M.] constituait un écart marqué par rapport à la conduite qu'aurait eue un parent raisonnablement prudent dans les mêmes circonstances [étape 2]; (3) que l'omission de [J.F.] de fournir les choses nécessaires à l'existence a mis la vie de [K.M.] en danger, ou a exposé, ou était de nature à exposer sa santé à un péril permanent [étape 3]; (4) que cette omission a causé la mort de [K.M.] [étape 4]. [d.a., p. 600-601]

[71] The trial judge then explained the essential elements of each offence separately. On Step 2, his instructions to the jury on the two counts were almost identical after the second paragraph:

[71] Le juge du procès a ensuite expliqué séparément les éléments essentiels de chaque infraction. Pour l'étape 2, les directives qu'il a données au jury, à partir du troisième paragraphe, étaient pratiquement identiques :

Criminal Negligence
Step 2

Failing to Provide the
Necessaries of Life
Step 2

Négligence criminelle
Étape 2

Omission de fournir les
choses nécessaires à
l'existence
Étape 2

Crown counsel has to prove beyond a reasonable doubt

If you are satisfied beyond a reasonable doubt that [J.F.]

Le ministère public doit prouver hors de tout doute

Si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable

that the failure of [J.F.] to protect [K.M.] from harm at the hands of [V.F.] showed a wanton or reckless disregard for the health or safety of [K.M.]

Wanton disregard means heedless disregard for the consequences of your failure to act. Reckless means showing indifference to the consequences of your failure to act.

Criminal negligence requires more than just carelessness. For [J.F.] to be found criminally negligent, his failure to take protective steps on [K.M.]'s behalf must constitute a marked and substantial departure from what a reasonably prudent parent would do in the same circumstances. Crown counsel may prove this in either of two ways: by proving that [J.F.] was aware of a danger or risk to the health or safety of [K.M.] but ignored that risk; or by proving that [J.F.] failed to direct his mind to the risk to the health or safety of [K.M.] which a reasonable parent would have understood.

Crown counsel does not have to prove both. It is enough for Crown counsel to prove one or the other. Nor does everyone have to agree on which one Crown counsel has proven, as long as each of you is satisfied that one or the other of them has been

failed to fulfill the duty to provide the necessities of life required by the circumstances, you must go on to the next question.

In failing to provide the necessities of life to [K.M.], did [J.F.] show a marked departure from the conduct of a reasonable parent in the same circumstances?

Criminal liability requires more than just carelessness. Crown counsel has to prove beyond a reasonable doubt that [J.F.]'s failure to provide the necessities of life in this case was a marked and substantial departure from what a reasonable parent would do in the same circumstances. Crown counsel may do so in two ways: by proving that [J.F.] was aware of a danger or risk to the health or safety of [K.M.] but ignored that risk; or by proving that [J.F.] failed to direct his mind to the risk to the health or safety of [K.M.] which a reasonable parent would have understood.

Crown counsel does not have to prove both. It is enough for Crown counsel to prove one or the other. Nor does everyone have to agree on which one Crown counsel has proven, as long as each of you is satisfied that one or the other of them

raisonnable que l'omission de [J.F.] de protéger [K.M.] contre la violence de [V.F.] démontrait une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la santé ou de la sécurité de [K.M.].

On entend par insouciance déréglée une insouciance démesurée à l'égard des conséquences de l'omission. L'insouciance téméraire signifie une indifférence manifeste à l'égard des conséquences de l'omission.

La négligence criminelle nécessite plus que la seule imprudence. Pour que [J.F.] soit déclaré coupable de négligence criminelle, il faut que son omission de prendre des mesures de protection à l'égard de [K.M.] constitue un écart marqué et important par rapport à la conduite d'un parent raisonnablement prudent dans les mêmes circonstances. Le ministère public peut faire cette preuve de deux façons : il peut démontrer que [J.F.] était conscient d'un danger ou risque pour la santé ou la sécurité de [K.M.], mais n'en a pas tenu compte, ou il peut prouver que [J.F.] n'a pas envisagé le risque pour la santé ou la sécurité de [K.M.] dont un père ou une mère raisonnable se serait rendu compte.

Le ministère public n'a pas à faire ces deux preuves. Il lui suffit de prouver l'un des deux éléments. Il n'est pas nécessaire non plus que vous vous entendiez sur celui qui a été prouvé par le ministère public, du moment que chacun d'entre

que [J.F.] a manqué à son obligation de fournir les choses nécessaires à l'existence dans les circonstances, vous devez passer à la question suivante.

L'omission de [J.F.] de fournir les choses nécessaires à l'existence de [K.M.] constituait-elle un écart marqué par rapport à la conduite d'un père ou d'une mère raisonnable dans les mêmes circonstances?

La responsabilité criminelle nécessite plus que la seule imprudence. Le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable que l'omission de [J.F.] de fournir les choses nécessaires à l'existence constituait en l'espèce un écart marqué et important par rapport à la conduite d'un parent raisonnable dans les mêmes circonstances. Le ministère public peut faire cette preuve de deux façons : il peut démontrer que [J.F.] était conscient d'un danger ou risque pour la santé ou la sécurité de [K.M.], mais n'en a pas tenu compte, ou il peut prouver que [J.F.] n'a pas envisagé le risque pour la santé ou la sécurité de [K.M.] dont un père ou une mère raisonnable se serait rendu compte.

Le ministère public n'a pas à faire ces deux preuves. Il lui suffit de prouver l'un des deux éléments. Il n'est pas nécessaire non plus que vous vous entendiez sur celui qui a été prouvé par le ministère public, du moment que chacun d'entre

proven beyond a reasonable doubt.

Crown counsel does not have to prove that [J.F.] knew or foresaw that his failure to take protective steps would result in the death of [K.M.]. If [J.F.]'s failure to act, viewed objectively, constitutes a marked and substantial departure from what we expect of a reasonably prudent parent in the same circumstances, criminal negligence has been established whether or not [J.F.] recognized the risk to the health or safety of [K.M.].

Your review of the trial evidence respecting the second essential element of this offence should also be broadly based. The circumstances, as you find them to be, will emerge from a distillation of the details. Your review will include external marks of violence on the person of [K.M.], your assessment of when they occurred, how visible they were to a person in the position of a parent, the behaviour of [V.F.], the statements of [J.F.], to name a few. You will look to see whether or not a pattern emerges. You will be interested in exploring whether and, if so, when, the extent of injury or its frequency, severity, repetition, or apparent cause reaches a critical mass that, when objectively considered, would elevate the concern of a parent in the same position, and whether, depending on your findings, a reasonably prudent parent

has been satisfied, has been proven beyond a reasonable doubt.

Crown counsel does not have to prove that [J.F.] knew or foresaw that his failure to provide the necessities of life would result in the death of [K.M.]. If [J.F.]'s failure to fulfill the duty, viewed objectively, constitutes a marked and substantial departure from what we expect of a reasonable parent in the same circumstances, then it is immaterial whether [J.F.] failed to recognize that risk to the health or safety of [K.M.].

Your review of the trial evidence respecting the second essential element of this offence should be broadly based. The circumstances, as you find them to be, will emerge from a distillation of the details. Your review will include external marks of violence on the person of [K.M.], your assessment of when they occurred, how visible they were to a person in the position of a parent, the behaviour of [V.F.], the statements of [J.F.], to name a few. You will look to see whether or not a pattern emerges. You will be interested in exploring whether and, if so, when, the extent of injury or its frequency, severity, repetition, or apparent cause reaches a critical mass that, when objectively considered, would elevate the concern of a reasonable parent in the same position, and whether, depending on your findings, a reasonable parent would take

vous est convaincu que l'un des deux a été prouvé hors de tout doute raisonnable.

Le ministère public n'est pas tenu de prouver que [J.F.] savait ou prévoyait que son omission de prendre des mesures de protection entraînerait la mort de [K.M.]. Si l'omission de [J.F.], considérée objectivement, constitue un écart marqué et important par rapport à ce qu'on attend d'un parent raisonnablement prudent dans les mêmes circonstances, la négligence criminelle a été établie, que [J.F.] ait reconnu ou non le risque pour la santé ou la sécurité de [K.M.].

Votre examen de la preuve relative au deuxième élément essentiel de cette infraction devrait également être très englobant. Vos conclusions sur les circonstances ressortiront de votre synthèse des détails. Vous prendrez notamment en considération les marques externes de violence que présentait [K.M.], votre évaluation du moment où les actes de violence ont eu lieu, la visibilité de ces marques pour une personne qui joue le rôle d'un parent, la conduite de [V.F.], les déclarations de [J.F.], etc. Vous tenterez d'établir si une tendance se dégage. Vous voudrez déterminer si — et, le cas échéant, à quel moment — l'étendue des blessures, leur fréquence, leur gravité, leur répétition ou leur cause apparente ont atteint un point critique qui, considéré objectivement, aurait éveillé l'inquiétude d'un père ou d'une mère se trouvant dans la même

vous est convaincu que l'un des deux a été établi, a été prouvé hors de tout doute raisonnable.

Le ministère public n'est pas tenu de prouver que [J.F.] savait ou prévoyait que son omission de fournir les choses nécessaires à l'existence entraînerait la mort de [K.M.]. Si l'omission de [J.F.] de remplir son obligation, considérée objectivement, constitue un écart marqué et important par rapport à ce qu'on attend d'un parent raisonnable dans les mêmes circonstances, il est sans importance que [J.F.] n'ait pas reconnu ce risque pour la santé ou la sécurité de [K.M.].

Votre examen de la preuve relative au deuxième élément essentiel de cette infraction devrait être très englobant. Vos conclusions sur les circonstances ressortiront de votre synthèse des détails. Vous prendrez notamment en considération les marques externes de violence que présentait [K.M.], votre évaluation du moment où les actes de violence ont eu lieu, la visibilité de ces marques pour une personne qui joue le rôle d'un parent, la conduite de [V.F.], les déclarations de [J.F.], etc. Vous tenterez d'établir si une tendance se dégage. Vous voudrez déterminer si — et, le cas échéant, à quel moment — l'étendue des blessures, leur fréquence, leur gravité, leur répétition ou leur cause apparente ont atteint un point critique qui, considéré objectivement, aurait éveillé l'inquiétude d'un père ou d'une mère raisonnable se trouvant dans la

would take prophylactic or protective steps. Your task in deciding this question is made more complex because a great number of the injuries to [K.M.] may have their origin closer to the end of [K.M.]'s life. The fact that analysis is difficult, however, should not deter you from it. [Emphasis added; A.R., at pp. 545-47.]

situation et si, compte tenu de vos conclusions, un parent raisonnable prudent aurait pris des mesures de prévention ou de protection. Le fait qu'un grand nombre des blessures de [K.M.] puissent lui avoir été infligées peu de temps avant la fin de sa vie peut vous compliquer la tâche, mais la difficulté de votre mission ne devrait pas vous en détourner. [Je souligne; d.a., p. 545-547.]

Thus, the above passages show that the trial judge explained Step 2 to the jury in almost identical terms for the two offences.

Comme le démontrent les passages qui précèdent, le juge du procès a utilisé des termes presque identiques pour expliquer l'étape 2 de chaque infraction au jury.

[72] More specifically, with regard to the offence of failing to provide the necessities of life, although the trial judge indicated that the Crown had to show a marked departure from the conduct of a reasonable parent in the same circumstances, he actually went on to instruct the jury that "Crown counsel has to prove beyond a reasonable doubt that [J.F.]'s failure to provide the necessities of life in this case was a marked and substantial departure from what a reasonable parent would do in the same circumstances." After this instruction, the charge to the jury was essentially identical to the charge for criminal negligence.

[72] Plus précisément, bien qu'il ait indiqué au jury, relativement à l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence, que le ministère public devait prouver un écart marqué par rapport à la conduite d'un parent raisonnable dans les mêmes circonstances, le juge du procès a ajouté : [TRADUCTION] « Le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable que l'omission de [J.F.] de fournir les choses nécessaires à l'existence constituait en l'espèce un écart marqué et important par rapport à la conduite d'un parent raisonnable dans les mêmes circonstances. » Après avoir formulé cette directive, il a repris essentiellement les directives qu'il avait données pour la négligence criminelle.

[73] The identical instructions at Step 2 meant that there was a common denominator for the two offences. As a result, a reasonable jury would have understood that on both counts, it had to find that J.F.'s conduct represented a marked and substantial departure from what a reasonable parent would do in the circumstances. But the jury's work did not stop at Step 2.

[73] Les directives identiques formulées à l'égard de l'étape 2 ont fait ressortir un dénominateur commun entre les deux infractions. Un jury raisonnable devrait donc avoir compris que, pour les deux chefs, il devait conclure que la conduite de J.F. présentait un écart marqué et important par rapport à ce qu'un parent raisonnable aurait fait dans les circonstances. Mais la tâche du jury ne s'arrêtait pas à l'étape 2.

[74] For the offence of failing to provide the necessities of life, the jury was also expressly instructed,

[74] Relativement à l'infraction d'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence, le juge

at Step 3, to consider another type of harm beyond the one the judge described as common to both offences at Step 2:

If you are satisfied that in failing to provide the necessities of life to [K.M.], [J.F.] showed a marked departure from the conduct of a reasonable parent in the same circumstances, you must go on to consider the next question.

Did [J.F.]’s failure to provide the necessities of life endanger the life of [K.M.]? Did it cause or was it likely to cause his health to be endangered permanently?

Crown counsel has to prove beyond a reasonable doubt the failure of [J.F.] to provide the necessities of life required of him in the circumstances either endangered the life of [K.M.] or caused or was likely to cause his health to be permanently endangered. Crown counsel need not prove both.

Your approach to assessing the foreseeability of endangerment to the life of [K.M.] or the foreseeability of likely permanent endangerment to his health must proceed, not from the standpoint of what [J.] foresaw, what [J.F.] foresaw but, objectively, from the perspective of what a reasonable parent in identical circumstances could foresee. Was it objectively foreseeable that the failure to provide [the] necessities of life would lead to a risk of danger to life, or a risk of permanent endangerment [to] the health of [K.M.]?

Again, you must canvass the trial evidence in your consideration of this question.

If Crown counsel has not satisfied you beyond a reasonable doubt that, by his failure to provide the necessities of life, [J.F.] endangered the life of [K.M.], or caused or was likely to cause permanent endangerment to his health, you must find [J.F.] not guilty on count 2. [Emphasis added; A.R., at pp. 605-6.]

[75] Therefore, the jury, as instructed, would have understood that in order to find J.F. guilty of failing to provide the necessities of life, it had to be satisfied beyond a reasonable doubt that J.F. had failed to direct his mind to the health or safety of K.M. (Step 2) and had endangered K.M.’s life, or caused or likely caused his health to be endangered permanently (Step 3). Thus, the jury was instructed at Step 3 to consider another type of harm beyond the harm that was common to the two offences. This

a également expressément donné pour directive au jury, à l’étape 3, d’examiner aussi un autre risque de préjudice en plus de celui qu’il avait décrit comme commun aux deux infractions à l’étape 2 :

[TRADUCTION] Si vous avez la conviction qu’en omettant de fournir à [K.M.] les choses nécessaires à son existence, [J.F.] s’est écarté de façon marquée de la conduite d’un parent raisonnable dans les mêmes circonstances, vous devez passer à la question suivante.

L’omission de [J.F.] de fournir les choses nécessaires à l’existence a-t-elle mis en danger la vie de [K.M.]? A-t-elle exposé, ou était-elle de nature à exposer sa santé à un péril permanent?

Le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable que l’omission de [J.F.] de fournir les choses nécessaires à l’existence qu’il était tenu de fournir dans les circonstances a mis en danger la vie de [K.M.] ou bien a exposé ou était de nature à exposer sa santé à un péril permanent. Il n’a pas à prouver les deux.

Pour évaluer la prévisibilité du danger pour la vie de [K.M.] ou du risque de péril permanent pour sa santé, vous devez partir non pas de ce que [J.] a prévu, ce que [J.F.] a prévu mais, objectivement, de ce qu’un parent raisonnable se trouvant dans des circonstances identiques pouvait prévoir. Était-il objectivement prévisible que l’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence risquerait de mettre en danger la vie de [K.M.] ou d’exposer sa santé à un péril permanent?

Encore une fois, vous devez examiner la preuve pour répondre à cette question.

Si le ministère public ne vous a pas convaincus hors de tout doute raisonnable que l’omission de [J.F.] de fournir les choses nécessaires à l’existence a mis en danger la vie de [K.M.], ou a exposé ou était de nature à exposer sa santé à un péril permanent, vous devez acquitter [J.F.] du deuxième chef. [Je souligne; d.a., p. 605-606.]

[75] Après avoir reçu ces directives, le jury devrait donc avoir compris que, pour déclarer J.F. coupable de l’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence, il devait être convaincu hors de tout doute raisonnable que J.F. n’avait pas prêté attention à la santé ou à la sécurité de K.M. (étape 2) et que son omission avait mis en danger la vie de K.M. ou avait exposé ou était de nature à exposer sa santé à un péril permanent (étape 3). Ainsi, le jury a reçu pour directive d’examiner (à l’étape 3) un autre

other type of harm was unique to the offence of failing to provide the necessities of life.

[76] Since the jurors were clearly told that at Step 2 the count of failure to provide the necessities of life required them to find the same elements as those for criminal negligence, it may be that at that step the trial judge, in discussing the offence of failing to provide the necessities of life, was pointing to a harm (“to health or safety”) which appeared to be in addition to the harm discussed at Step 3. He further instructed the jury that it needed to be satisfied that the failure to provide the necessities of life constituted a marked and substantial departure from reasonable behaviour. However, these instructions cannot cast doubt on the conviction for criminal negligence, because the elements in question clearly apply on that count. Nor can they explain the acquittal, because the same instructions were given for both counts and the evidence was found sufficient for the count of criminal negligence. The explanation for the acquittal must thus lie in the differences between the two underlying offences. In my view, two observations make it clear why the conviction is not unreasonable and the two verdicts are not inconsistent. The first is that the judge properly charged the jury on the count of criminal negligence, and the second is that the express instructions on Step 3 (threshold level of harm for the count of failing to provide the necessities of life) were correct.

[77] The express instructions at Step 2 explain why, in the present case, the jury could find that the Crown had proved beyond a reasonable doubt that J.F. had failed to direct his mind to the risk to the health or safety of K.M., while finding, at Step 3, on the count of failing to provide the necessities of life, that the Crown had not met its burden of proving beyond a reasonable doubt that the failure to provide the necessities of life had endangered

type de préjudice en sus du préjudice commun aux deux infractions. Ce préjudice était propre à l’infraction d’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence.

[76] Puisque les directives indiquaient clairement aux jurés qu’ils devaient, à l’étape 2, conclure à l’existence des mêmes éléments relativement au chef d’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence, que relativement à celui de négligence criminelle, il se peut que le juge du procès, à cette étape, ait fait état, pour l’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence, d’un préjudice (« pour la santé ou la sécurité ») qui semblait s’ajouter au préjudice mentionné à l’étape 3. Il a aussi dit aux jurés qu’ils devaient être convaincus que l’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence constituait un écart marqué et substantiel par rapport à une conduite raisonnable. Toutefois, ces directives ne peuvent jeter un doute sur le verdict de culpabilité pour négligence criminelle, parce que ces éléments s’appliquent incontestablement à ce chef. Elles ne peuvent pas non plus expliquer l’acquittement, puisque les directives étaient les mêmes pour les deux chefs et que la preuve a été jugée suffisante pour l’infraction de négligence criminelle. L’explication de l’acquittement doit donc tenir aux différences entre les deux infractions sous-jacentes. Deux éléments permettent, à mon avis, de comprendre pourquoi le verdict de culpabilité n’est pas déraisonnable et les verdicts ne sont pas incompatibles. Premièrement, le juge a correctement instruit le jury concernant le chef de négligence criminelle et, deuxièmement, les directives expresses données par le juge relativement à l’étape 3 (niveau de préjudice requis pour l’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence) étaient justes.

[77] Les directives expresses sur l’étape 2 expliquent pourquoi, en l’espèce, le jury a pu conclure à la fois que le ministère public avait prouvé hors de tout doute raisonnable l’omission de J.F. de prêter attention à la santé ou à la sécurité de K.M. et, à l’étape 3 de l’examen de l’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence, qu’il ne s’était pas acquitté du fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable que cette omission avait mis la vie de

K.M.'s life, or had caused or likely caused K.M.'s health to be endangered permanently. In my view, the instructions, coupled with the extensive discussion at trial on the bruising on K.M.'s body, make it clear that the verdicts reached by the jury are not inconsistent.

2.4 *Review of the Evidence on Bruising*

[78] Much of the evidence at trial related to the bruises found on K.M.'s body. For example, during their closing statements, Crown counsel and defence counsel referred specifically to the time line of the bruising:

[Crown counsel]: You heard a great deal of evidence from medical people about old bruises and new bruises and how many were fresh and how many were old, and about the problem of green in the photographs. [A.R., at pp. 491-92]

[Crown counsel]: 1) [K.M.] suffered an extraordinary amount of injury and it didn't all happen in the last few hours. 2) [J.F.] admits being aware of bruising as far back as the Thursday. [A.R., at p. 495]

[Defence counsel]: You cannot, you cannot, take the solution, the fact that he died, and was beat to death and work backwards to figure out what you would have done in those circumstances or what [J.F.] should have done had he known the result. You can't work the puzzle backwards. [A.R., at p. 499]

[Defence counsel]: Then [K.M.] comes into the living room to watch TV with his dad while [V.F.] goes to get clean clothes. That's when she says, "Look at these bruises". Not life threatening. Not sufficient to call a doctor. You remember the bruises, 90 per cent of them, that you see in those pictures or 80 per cent of them — the doctor said 80 to 90 per cent weren't there, only 10 or 20 per cent were older bruises. If it's possible to reduce down the bruises on the body, remember that, and remember that's what [J.F.] saw. [A.R., at p. 506]

[Defence counsel]: This is not a case of repeated vicious assaults or many trips to a doctor with child with broken

K.M. en danger ou avait exposé ou était de nature à exposer la santé de K.M. à un péril permanent. À mon avis, les directives, jumelées à l'ample débat, au procès, sur les ecchymoses présentes sur le corps de K.M., montrent clairement que les verdicts ne sont pas incompatibles.

2.4 *Examen de la preuve relative aux ecchymoses*

[78] Au procès, beaucoup des éléments de preuve se rapportaient aux ecchymoses relevées sur le corps de K.M. Par exemple, les avocats du ministère public et de la défense ont tous deux traité expressément de la chronologie des ecchymoses dans leur exposé final :

[TRADUCTION]

[Ministère public] : Vous avez entendu beaucoup de témoignages de professionnels de la santé sur d'anciennes et de nouvelles ecchymoses, sur le nombre d'ecchymoses qui étaient récentes ou vieilles et sur le problème du vert sur les photos. [d.a., p. 491-492]

[Ministère public] : (1) [K.M.] a subi un nombre extraordinaire de lésions, et elles ne lui ont pas toutes été infligées dans les dernières heures. (2) [J.F.] avoue que le jeudi, déjà, il avait remarqué des ecchymoses. [d.a., p. 495]

[Défense] : Vous ne pouvez pas, vous ne pouvez partir du résultat, le fait qu'il est mort et qu'il a été battu à mort, et vous demander rétrospectivement ce que vous auriez fait dans les circonstances ou ce que [J.F.] aurait fait s'il avait connu le résultat. Vous ne pouvez résoudre le casse-tête à l'envers. [d.a., p. 499]

[Défense] : Alors, [K.M.] va dans la salle de séjour pour regarder la télévision avec son père tandis que [V.F.] va chercher des vêtements propres. C'est à ce moment qu'elle dit « Regarde ces bleus ». Pas de danger de mort. Pas assez grave pour appeler un médecin. Vous vous souvenez des ecchymoses, 90 pour 100 d'entre elles, de celles que vous avez vues sur ces photos, ou 80 pour 100 d'entre elles — le médecin a dit que 80 à 90 pour 100 n'étaient pas là, seulement 10 ou 20 pour 100 des ecchymoses étaient anciennes. S'il est possible de réduire le nombre d'ecchymoses sur le corps, rappelez-vous cela, et rappelez-vous que c'est ce que [J.F.] a vu. [d.a., p. 506]

[Défense] : Il ne s'agit pas d'un cas où la victime a subi des agressions brutales répétées, où il y a eu de

arm or broken leg, a broken wrist and a variety of suspicious explanations. It's not that kind of case. [A.R., at p. 512]

[79] Furthermore, the time line was prominent in the trial judge's summary of the testimony of several witnesses for the jury:

It is of some significance in that situation to check the physical status of the child. When seen on May 2, 2000, DeCoen noted nothing remarkable about the child's condition physically. She did not notice any bruising or scrapes on the child. His abdomen was soft. She saw no cuts or lacerations. He didn't show any soreness or tenderness. She had no concerns for his physical well-being as at that time. [A.R., at pp. 551-52]

Nurse DeCoen said that she had never before seen a child with that degree of bruising. She says that she was "shocked by the number of bruises and their various stages of healing". She admits that she is not an expert in the aging of bruises, but expressed the opinion that she could tell from the colouring that the bruises were of different ages. She described more recent bruising as being purplish and blue in colour, perhaps with some redness around the edges. She says older bruises are brownish or grey. She described some of the bruising on the child as being older and some fresh, but that the majority of the bruising seemed older. DeCoen did not map or chart the bruises, their location, or their respective descriptions on the body. She conceded on cross-examination that her primary focus was life-saving and not on the bruises. From her experience, most of the bruises appeared to be over 24 hours old. She also believed that some of the bruises appeared to be a couple of days old. [A.R., at p. 553]

Most of the references are to bruises, which Dr. Pan describes as recent bruises or old bruises and in some cases a cluster of recent and old bruises. We do not know the criterion that Dr. Pan used for determining the bruising as "recent" or "old". [A.R., at p. 556]

Dr. Escott said that nobody knows exactly how long it takes for a bruise to appear. [A.R., at p. 556]

nombreuses visites chez le médecin avec l'enfant pour un bras cassé, une jambe cassée ou un poignet cassé et des explications suspectes en tout genre. Ce n'est pas ce genre de cas. [d.a., p. 512]

[79] La chronologie des ecchymoses a également été à l'avant-plan du résumé que le juge du procès a fait des dépositions de plusieurs témoins :

[TRADUCTION] Dans une telle situation, l'examen de l'état physique de l'enfant revêt une certaine importance. Lorsqu'elle l'a vu le 2 mai 2000, M^{me} DeCoen n'a rien relevé de notable dans l'état de l'enfant. Elle n'a remarqué ni ecchymose ni égratignure sur l'enfant. Son abdomen était souple. Elle n'a vu ni coupure ni laceration. Il ne ressentait pas de douleur et ne présentait pas de sensibilité au toucher. Son bien-être physique ne l'inquiétait pas du tout à ce moment-là. [d.a., p. 551-552]

Madame DeCoen a déclaré qu'elle n'avait jamais vu un enfant avec autant d'ecchymoses. Elle a indiqué qu'elle était « consternée par le nombre d'ecchymoses et leur différent stade de guérison ». Elle a reconnu qu'elle n'était pas spécialiste de l'évolution des ecchymoses, mais elle s'est dite en mesure de déterminer, à partir de leur coloration, que les ecchymoses ne dataient pas toutes du même moment. Selon elle, les ecchymoses les plus récentes avaient une teinte violacée et bleutée et leur pourtour pouvait être bordé de rouge, tandis que les plus anciennes étaient brunâtres ou grisâtres. D'après sa description, certaines des ecchymoses que portait l'enfant étaient plus anciennes et d'autres, récentes, mais la majorité d'entre elles semblaient plus anciennes. Elle n'a pas établi de diagramme ou de carte des ecchymoses, de leur emplacement, et n'a pas fait correspondre de descriptions particulières à un endroit du corps. Elle a reconnu en contre-interrogatoire qu'elle avait avant tout cherché à sauver une vie et qu'elle ne s'était pas attardée aux ecchymoses. Suivant son expérience, la plupart des ecchymoses semblaient avoir plus de 24 heures. Elle croyait également que certaines d'entre elles semblaient dater de quelques jours. [d.a., p. 553]

La plupart du temps, il est question d'ecchymoses, que le D^r Pan décrit comme des ecchymoses récentes ou anciennes et, dans certains cas, comme des concentrations d'ecchymoses récentes et anciennes. Nous ne savons pas quels critères le D^r Pan a utilisés pour déterminer que les ecchymoses étaient « récentes » ou « anciennes ». [d.a., p. 556]

D^r Escott a déclaré que personne ne sait exactement combien de temps une ecchymose prend à apparaître. [d.a., p. 556]

[Dr. Escott] agreed it was possible that two people looking at the same bruise could come to different conclusions as to whether any yellowing was visible. One cannot tell the age of a “recent” bruise just from visualizing it. [A.R., at p. 559]

Dr. Escott noted the “possibility” that all of the “recent” bruises” on [K.M.] were received at the same time or within minutes. Dr. Escott indicated the time span for “recent” bruising to appear could be from 15 minutes to 18 hours. Nevertheless he conceded the possibility that all of the “fresh” bruises could have been inflicted withing 15 minutes. [A.R., at p. 559]

Based on Dr. Escott’s impression from the photographs, he believed that 80 to 90% of the bruising was “recent” bruising. He thought that 10%, perhaps up to 20% of the bruising was “older” bruising. He conceded that the older bruising did not contribute medically to [K.M.]’s death. [A.R., at p. 560]

Dr. Halliday agreed that bruising can occur even when someone is unconscious. He agreed that an unconscious person can vomit; even that a comatose person could vomit. Dr. Halliday agreed that there is a period shortly after death where bruising can appear, usually in the immediate period following death. [A.R., at pp. 564-65]

Dr. Lindsay indicated at the outset that the “aging” of soft tissue injuries is not a precise science. [A.R., at p. 566]

Dr. Lindsay said that, although the aging of bruises presents some difficulties, if one sees two bruises or multiple bruises in the same part of the body, and the colour of the bruises in that cluster differ, one can conclude that the bruises in that cluster are of different ages. She noted that in [K.M.]’s case, there were several areas of multiple bruising and different colouration in the same part of the body. [A.R., at p. 567]

Dr. Lindsay agreed that children and the elderly bruise a little more easily. In children, this stems from the fact that the thickness of their skin is less. Dr. Lindsay did not know if yellow shows up in bruises sooner in children than in adults. The reference to at least 18 hours before yellowing appears comes from the medical literature. She agreed that the aging of bruising is non-specific and that it is possible for two people looking at the same injury to see colour differently. [A.R., at pp. 572-73]

Meekis’s impression of [K.M.] on June 1, 2000 was a child engaged in play, well dressed and ostensibly well

[D^r Escott] a reconnu qu’il était possible que deux personnes observant la même ecchymose puissent tirer une conclusion différente sur la question de savoir si un jaunissement était perceptible. On ne peut dire à quand remonte une ecchymose « récente » simplement à la regarder. [d.a., p. 559]

D^r Escott a signalé qu’il était « possible » que toutes les ecchymoses « récentes » relevées sur [K.M.] soient apparues en même temps ou à quelques minutes d’intervalle. Il a indiqué que le délai d’apparition d’une ecchymose « récente » pouvait se situer entre 15 minutes et 18 heures. Il a néanmoins concédé qu’il était possible que toutes les ecchymoses « nouvelles » aient été infligées dans un laps de temps de 15 minutes. [d.a., p. 559]

D^r Escott a estimé en voyant les photos que 80 à 90 pour 100 des ecchymoses étaient « récentes » et que 10 pour 100, peut-être 20 pour 100, étaient plus « anciennes ». Il a reconnu que, d’un point de vue médical, les ecchymoses plus anciennes n’ont pas contribué au décès de [K.M.]. [d.a., p. 560]

D^r Halliday a reconnu que des ecchymoses peuvent se former sur le corps d’une personne inconsciente. Il a reconnu qu’une personne inconsciente et même une personne dans le coma peut vomir. Il a reconnu que des ecchymoses peuvent apparaître peu après la mort, habituellement tout de suite après le décès. [d.a., p. 564-565]

D^{re} Lindsay a précisé dès le départ que l’« évaluation du moment » auquel remontent des lésions des tissus mous ne relève pas de la science exacte. [d.a., p. 566]

D^{re} Lindsay a indiqué que, bien qu’il soit difficile de déterminer à quand remontent des ecchymoses, on peut conclure, lorsqu’on voit deux ecchymoses ou plus dans la même région du corps et que leur coloration diffère, on peut conclure qu’elles ne datent pas du même moment. Elle a signalé que, dans le cas de [K.M.], plusieurs régions du corps portaient de multiples ecchymoses dont la coloration différait. [d.a., p. 567]

D^{re} Lindsay a convenu que les enfants et les personnes âgées sont un peu plus susceptibles d’avoir des ecchymoses. Chez les enfants, ce phénomène provient de ce que leur peau est plus mince. D^{re} Lindsay ne savait pas si les ecchymoses jaunissent plus vite chez les enfants. La mention d’un délai minimal de 18 heures avant le jaunissement semble provenir d’ouvrages médicaux. Elle a reconnu que l’évaluation du moment auquel remontent des ecchymoses est non spécifique et qu’il est possible que deux personnes observant la même lésion voient la coloration différemment. [d.a., p. 572-573]

L’impression qu’a eue M. Meekis en voyant [K.M.] le 1^{er} juin 2000 était celle d’un enfant absorbé par son jeu,

cared for, a child whose appearance and circumstances were unremarkable and gave no cause for concern. Mr. Meekis did not say how close he came to [K.M.] nor how long he had the child directly under observation during the visit of June 1, 2000. [A.R., at p. 575]

Jean [F.] notes that [K.M.] never cried from falling off the bike. He just kept going. He didn't seem to be hurt. She doesn't know if he got any bruises from falling off the bike. [A.R., at p. 577]

[Jean F.] notes that she had seen one bruise on [K.M.]'s leg on a previous occasion. She saw him twice a week. She remembers [V.F.] showing her only one bruise on the child. Jean [F.] says that most of the time she saw [K.M.] he didn't have any bruises. [A.R., at pp. 577-78]

During that time [when K.M. lived with his biological parents], [E.L.] also bathed him. She saw no bruising and no marks on [K.M.] at that time. . . . Nevertheless, [E.L.] acknowledged that [K.M.]'s biological parents had alcohol abuse problems and that [K.M.] was being mistreated by them. [A.R., at p. 590]

Approximately one week before [K.M.] died, [L.K.] was visiting and saw [K.M.] on the couch eating an apple. She saw his face at that time. She did not see any injuries on him. Only once previously did she see any injury on him. It was a bruise on his eyes. She cannot recall whether this was two weeks or a month prior to his death, but recalls [V.F.] saying that [K.M.] fell down her sister's stairs. [A.R., at p. 591]

On the Saturday before his death, [L.K.] was sitting next to [K.M.] in the front seat of the automobile. She saw no marks visible on his face at that time. [A.R., at p. 592]

On cross-examination [D.A.] conceded that she had seen no scratches, bruises or marks on [K.M.] on Saturday, June 17, 2000. She described him as appearing "normal," except that he was quiet. [A.R., at p. 593]

[J.K.] did not see any injuries on [K.M.]. [A.R., at p. 594]

The accuracy of the photographic images from the morgue is very much in contention. The photographs were examined by all of the medical experts. Their testimony is premised upon the accuracy of the image in the photograph. [A.R., at p. 595]

bien vêtu, et dont on semblait prendre soin, un enfant dont l'apparence et la situation n'avaient rien de remarquable ni d'inquiétant. M. Meekis n'a pas précisé à quelle distance il s'est approché de [K.M.] ni combien de temps il a pu observer directement l'enfant au cours de la visite du 1^{er} juin 2000. [d.a., p. 575]

Jean [F.] a indiqué que [K.M.] n'a jamais pleuré après avoir fait une chute à bicyclette. Il se remettait simplement en selle. Il ne semblait pas blessé. Elle ne sait pas s'il s'était fait des ecchymoses en tombant de son vélo. [d.a., p. 577]

[Jean F.] a signalé avoir remarqué une fois auparavant que [K.M.] avait une ecchymose à une jambe. Elle le voyait deux fois par semaine. Elle se souvient que [V.F.] ne lui a montré qu'une ecchymose sur l'enfant. Elle a dit que la plupart des fois où elle a vu [K.M.], il n'avait pas d'ecchymose. [d.a., p. 577-578]

Pendant cette période [lorsque K.M. vivait avec ses parents biologiques], [E.L.] lui donnait aussi son bain. Elle n'a alors vu ni ecchymose ni marque sur lui. [. . .] Elle a cependant reconnu que les parents biologiques de [K.M.] avaient des problèmes d'abus d'alcool et qu'ils le maltraitaient. [d.a., p. 590]

Une semaine environ avant le décès de [K.M.], [L.K.] a vu l'enfant chez lui, assis sur le sofa en train de manger une pomme. Elle a vu son visage. Elle n'a remarqué aucune blessure sur lui. Elle n'avait observé de blessure sur lui qu'une fois auparavant. Il s'agissait d'une ecchymose aux yeux. Elle ne se rappelait pas si c'était deux semaines ou un mois avant son décès, mais elle se souvient que [V.F.] a dit que [K.M.] était tombé dans l'escalier chez sa sœur. [d.a., p. 591]

Le samedi précédant la mort de [K.M.], [L.K.] était assise à côté de lui sur la banquette avant de l'automobile. Elle n'a vu aucune marque sur son visage. [d.a., p. 592]

En contre-interrogatoire, [D.A.] a reconnu qu'elle n'avait vu aucune égratignure, ecchymose ou marque sur [K.M.] le samedi 17 juin 2000. Elle a indiqué qu'il paraissait « normal », mais qu'il était tranquille. [d.a., p. 593]

[J.K.] n'a remarqué aucune blessure sur [K.M.]. [d.a., p. 594]

La question de l'exactitude des photos prises à la morgue a fait l'objet d'un vif débat. Tous les experts médicaux les ont examinées. Leur témoignage est fonction de l'exactitude des images photographiques. [d.a., p. 595]

[R.G.] did not see him fall. When he first arrived at their home on the 19th, [K.M.] had a bump on his forehead. [V.F.] told her that he got the bump when he fell off his bike. [R.G.] noticed the bruise on his forehead right away. It was light blue in colour. Later she saw scratches at the back of [K.M.]’s head when she cut his hair. She was surprised when she saw the scratches because she had not seen scratches like that on children before, and she drew her sister’s attention to them. [A.R., at p. 597]

[R.G.] saw [K.M.] without his clothing. She does not remember that he had any bruises on him. The thought that [V.F.] was mistreating [K.M.] never occurred to her. The injury that [K.M.] had on his forehead on his arrival she thought typical of injuries that children get. She said it was not something that a parent would seek medical attention for. Nor did she have the impression that [K.M.] should be seen by a doctor. [A.R., at p. 598]

[80] The trial judge also reiterated the issue of the time line of the bruising in summarizing the positions of the Crown and the defence for the jury:

The Crown pointed to what Mr. Ross characterized as an “extraordinary” number of external marks of violence scattered over the person of [K.M.]. The Crown called medical evidence that included, in part, opinion as to the “aging” of the bruises and lacerations, and, in part, opinion that attempted to cast doubt on repeated explanations of accidental cause as the origin of injury. [A.R., at pp. 609-10]

The defence points to the testimony of neighbours, other members of the community and professional child care workers who live in the community who say there was nothing wrong or unusual about the appearance of [K.M.]. [A.R., at p. 611]

The defence points to medical opinion at this trial that confirms the possibility that bruises could form during a period of unconsciousness, or even after death; that the bulk of visible injury could be inflicted within a 15-minute span; that 80-90% of the visible bruising was of recent origin [A.R., at p. 611]

The defence says that we should not be “Monday morning quarterbacks”; that we cannot take the death of [K.M.] and then work backwards to determine after the fact what might have been done or could have been done. [A.R., at p. 612]

The defence asks you to note that none of the medical doctors called by the Crown actually saw the body

[R.G.] ne l’a pas vu tomber. Lorsqu’il est arrivé chez elle, le 19, [K.M.] avait une bosse au front. [V.F.] lui a dit qu’il s’était fait cette bosse en tombant de son vélo. [R.G.] a immédiatement remarqué l’ecchymose sur son front. Elle était bleuâtre. Plus tard, elle a vu des égratignures à l’arrière de sa tête lorsqu’elle lui a coupé les cheveux. Ces égratignures l’ont beaucoup étonnée parce qu’elle n’en avait jamais vu de pareilles sur un enfant, et elles les a fait voir à sa sœur. [d.a., p. 597]

[R.G.] a vu [K.M.] nu. Elle ne se rappelait pas avoir vu d’ecchymoses sur lui. Il ne lui est jamais venu à l’idée que [V.F.] maltraitait [K.M.]. D’après elle, la lésion que [K.M.] avait au front quand il est arrivé était le genre de blessures que se font les enfants. Elle a dit que ce n’était pas le genre de choses qu’un parent montrerait à un médecin, et elle n’avait pas l’impression que [K.M.] aurait dû voir un médecin. [d.a., p. 598]

[80] De plus, le juge du procès a reparlé au jury de la chronologie des ecchymoses lorsqu’il lui a résumé les thèses du ministère public et de la défense :

[TRADUCTION] Le ministère public a fait état de ce que M. Ross a qualifié de nombre « extraordinaire » de marques externes de violence disséminées sur la personne de [K.M.]. La preuve médicale qu’il a soumise comportait notamment des opinions au sujet du « moment » auquel remontaient les ecchymoses et les lacerations et des opinions tentant de mettre en doute les nombreuses explications attribuant les blessures à un accident. [d.a., p. 609-610]

La défense a souligné le témoignage de voisins, d’autres membres de la communauté et de professionnels de services à l’enfance vivant dans la collectivité qui ont déclaré qu’il n’y avait rien d’anormal ou d’inhabituel dans l’apparence de [K.M.]. [d.a., p. 611]

La défense a fait état d’opinions médicales exprimées au procès confirmant que des ecchymoses peuvent se former chez un sujet inconscient, et même après la mort, que la plupart des blessures visibles ont pu être infligées en un laps de temps de 15 minutes, que de 80 à 90 pour 100 des ecchymoses visibles étaient récentes . . . [d.a., p. 611]

La défense affirme qu’il ne faut pas « raisonner à posteriori », qu’on ne peut partir du décès de [K.M.] et remonter en arrière pour établir après coup ce qui aurait dû ou aurait pu être fait. [d.a., p. 612]

La défense vous demande de prendre note qu’aucun des médecins cités par le ministère public n’a vu de ses

of [K.M.] with their own eyes. All rely on photographs which, even if accurate, can lead two different persons to different conclusions about the colour of bruises. The defence, moreover, asks you to conclude that the photographs are, in fact, flawed and that opinions premised on their accuracy or trueness of colour could also be flawed. [A.R., at p. 612]

[81] As the above review of the jury charge indicates, the jury had to consider the theory of the defence that K.M.'s bruises could have been inflicted the night he died and that J.F. might not therefore have been aware of any ongoing abuse. The judge specifically told the jurors that their task in considering J.F.'s failure to act was made "more complex because a great number of the injuries to [K.M.] may have their origin closer to the end of [K.M.]'s life" (A.R., at pp. 547 and 605). The time line of the bruising was therefore a crucial factual issue that the jury needed to resolve. The way the jury chose to resolve this issue may well explain the verdicts in the present case.

2.5 *Why the Verdicts Are Not Inconsistent*

[82] To determine whether the verdicts are inconsistent, it will be helpful to review some of the evidence. R.G. testified that in mid-May she had seen a bruise in the middle of K.M.'s forehead, marks on his chin and scratches on the top of his head. L.K. indicated that sometime in the month before K.M.'s death she had seen a large bruise on his eye that extended across his face from one cheek to the other. Jean F. said she had seen some bruising. J.F. admitted that he had seen multiple bruises on K.M.'s legs, arms and chest, and a "scratch" on his penis. Finally, at the time of K.M.'s death, his body was covered with bruises.

[83] The jury heard expert evidence explaining how bruises are formed, what their colour is and how long they last. The jury also heard expert

propres yeux le corps de [K.M.]. Leur opinion s'appuie sur des photos qui, même si elles sont exactes, peuvent mener différentes personnes à des conclusions différentes quant à la couleur des ecchymoses. La défense, en outre, vous demande de conclure qu'en fait, les photos ne sont pas fidèles et que les opinions qui dépendent de leur exactitude ou de la fidélité des couleurs peuvent également être erronées. [d.a., p. 612]

[81] Comme le révèle cet examen des directives, le jury devait évaluer la thèse de la défense selon laquelle les ecchymoses pouvaient avoir été causées dans la nuit où K.M. est décédé, de sorte qu'il était possible que J.F. n'ait pas eu connaissance de mauvais traitements qui auraient été infligés à K.M. depuis un certain temps. En fait, le juge a expressément dit aux jurés que, lors de l'appréciation de l'omission de J.F., [TRADUCTION] « le fait qu'un grand nombre des blessures de [K.M.] puissent lui avoir été infligées peu de temps avant la fin de sa vie » pouvait leur [TRADUCTION] « compliquer la tâche » (d.a., p. 547 et 605). La chronologie des ecchymoses constituait donc une question factuelle capitale que le jury devait trancher. La décision à laquelle il est parvenu sur cette question pourrait très bien expliquer les verdicts en l'espèce.

2.5 *Pourquoi les verdicts ne sont pas incompatibles*

[82] Pour tirer une conclusion sur la compatibilité des verdicts, il est utile de revenir sur certains éléments de preuve. R.G. a témoigné qu'à la mi-mai elle a remarqué que K.M. avait une ecchymose au milieu du front, des marques au menton et des égratignures au sommet du crâne. L.K. a indiqué que, dans le mois ayant précédé le décès de K.M., elle avait constaté qu'il avait une large ecchymose à l'œil, qui s'étendait jusqu'à la joue du côté opposé de son visage. Jean F. a dit qu'elle avait vu des ecchymoses. J.F. a avoué avoir remarqué de multiples ecchymoses sur les jambes, les bras et la poitrine de K.M. et une « éraflure » sur son pénis. Enfin, au moment de son décès, le corps de K.M. était couvert d'ecchymoses.

[83] De plus, le jury a entendu des témoins experts expliquer comment les ecchymoses se forment, quelle en est la couleur et combien de temps

testimony that 80 to 90 percent of the bruising on K.M.'s body could have been of recent origin. In light of this evidence, the jury could have believed that most of the bruising was inflicted the night of K.M.'s death. If it believed this, the jury would have had to rely on the injuries described by R.G., L.K., Jean F. and J.F. in order to determine whether the Crown had proved its case beyond a reasonable doubt.

[84] As I mentioned above, the jury, as instructed, would have understood that in order to find J.F. guilty of failing to provide the necessities of life, it had to be satisfied beyond a reasonable doubt that J.F. had failed to direct his mind to the health or safety of K.M. and had endangered K.M.'s life, or had caused or likely caused his health to be endangered permanently. However, a finding by the jury that J.F. had failed to direct his mind to the health or safety of K.M. would not necessarily imply that his health was also endangered permanently. I agree with Lang J.A., who explained this as follows in dissent:

“Safety”, as commonly understood, would include risk of injury of any kind, including the bruising and the laceration to the penis that were identified on K.M.'s body. In contrast, “health” refers more often to the general condition of the body reflected in the expressions that one is in “good health” or “poor health”. Moreover, to have one's health “permanently endangered” imports an element of a condition that is indefinite in duration. The jury was entitled to conclude that there was a difference between K.M.'s “safety” and permanent endangerment to his health.

On the evidence in this case, it was open to the jury to conclude that bruising, even extensive bruising, was not likely to permanently endanger K.M.'s health — at least his physical health — but that the bruising was sufficiently extensive to suggest child abuse of a nature to alert [J.F.] that K.M.'s safety was at risk and he was reckless in ignoring that risk. [paras. 26-27]

[85] In my view, the evidence presented at trial on the time line of the bruising left it open to the jury to find that J.F.'s conduct constituted a marked

elles durent. Il a également entendu des témoins experts déclarer que de 80 à 90 pour 100 des ecchymoses que présentait K.M. pouvaient être récentes. Compte tenu de ces témoignages, il aurait pu être d'avis que la plus grande partie des ecchymoses avaient été infligées la nuit où K.M. est mort. Si telle était sa conclusion, il devait s'en remettre aux blessures décrites par R.G., L.K., Jean F. et J.F. pour déterminer si le ministère public avait présenté une preuve hors de tout doute raisonnable.

[84] Encore une fois, avec les directives qu'il avait reçues, le jury devrait avoir compris que, pour déclarer J.F. coupable d'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence, il devait être convaincu hors de tout doute raisonnable que J.F. n'avait pas prêté attention à la santé ou à la sécurité de K.M. et que cette omission avait mis la vie de K.M. en danger ou avait exposé ou était de nature à exposer sa santé à un péril permanent. Toutefois, la seule conclusion que J.F. n'avait pas prêté attention à la santé ou à la sécurité de K.M. n'impliquait pas nécessairement que sa santé avait été exposée à un péril permanent. Je souscris d'ailleurs à l'avis de la juge Lang, qui a expliqué, dans sa dissidence :

[TRADUCTION] La « sécurité », dans son acception ordinaire, englobe tout risque de blessure, dont les ecchymoses et les lacérations au pénis relevées sur le corps de K.M. La « santé », en revanche, renvoie plus souvent à l'état général du corps, qui nous incite à dire de quelqu'un qu'il est « en bonne santé » ou « en mauvaise santé ». En outre, le « péril permanent » pour la santé suppose un état d'une durée indéfinie. Le jury pouvait conclure qu'il existait une différence entre la « sécurité » de K.M. et l'exposition de sa santé à un péril permanent.

Compte tenu de la preuve, le jury pouvait conclure que des ecchymoses, même nombreuses, n'étaient pas de nature à exposer la santé de K.M. à un péril permanent — du moins sa santé physique — mais qu'il y en avait suffisamment pour indiquer que l'enfant avait été victime d'actes de violence tels que [J.F.] aurait dû penser que sa sécurité était menacée et qu'il a fait preuve d'une insouciance téméraire en ne prêtant pas attention à ce risque. [par. 26-27]

[85] Compte tenu de la preuve soumise au procès concernant la chronologie des ecchymoses, le jury pouvait, à mon avis, à la fois conclure que

and substantial departure from what a reasonable parent would do in the circumstances and that the Crown had proved beyond a reasonable doubt that J.F. was aware of the risk to the health or safety of K.M. or had failed to direct his mind to this risk, while at the same time finding that the Crown had not met its burden of proving beyond a reasonable doubt that the failure to provide the necessities of life had endangered K.M.'s life, or had caused or likely caused K.M.'s health to be endangered permanently. The nature and extent of the injuries and the time when J.F. became aware of them were matters for the jury to decide.

[86] The jury was clearly instructed that the reasonable doubt standard applies to the type of harm that is unique to the offence of failing to provide the necessities of life and is one of the essential elements of that offence:

If Crown counsel has not satisfied you beyond a reasonable doubt that, by his failure to provide the necessities of life, [J.F.] endangered the life of [K.M.], or caused or was likely to cause permanent endangerment to his health, you must find [J.F.] not guilty on count 2. [A.R., at p. 606]

It was also explained to the jury at the beginning of the charge that “[a] reasonable doubt is not a far-fetched or frivolous doubt. It is not a doubt based on sympathy or prejudice. It is a doubt based on reason and common sense. It is a doubt that logically arises from the evidence, or the lack of evidence” (A.R., at p. 525). In light of the evidence relating to the bruising, the theory of the defence, and the difference between the expressions “safety” and “permanent endangerment to health”, it was open to the jury to find a reasonable doubt on the count of failure to provide the necessities of life, while at the same time finding that all the elements of the offence of criminal negligence had been proved beyond a reasonable doubt.

[87] My conclusion is further supported by the fact that the jury was specifically instructed that

la conduite de J.F. constituait un écart marqué et important par rapport à ce que ferait un parent raisonnable dans les circonstances et que le ministère public avait prouvé hors de tout doute raisonnable que J.F. était conscient d'un risque pour la santé ou la sécurité de K.M. ou n'avait pas prêté attention à ce risque, et conclure que le ministère public n'avait pas prouvé hors de tout doute raisonnable que l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence avait mis la vie de K.M. en danger ou avait exposé ou était de nature à exposer sa santé à un péril permanent. Il appartenait au jury de se prononcer sur la nature et l'importance des blessures et sur le moment auquel J.F. en avait pris conscience.

[86] Le juge a clairement indiqué au jury que la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable s'appliquait au type de préjudice qui est propre à l'infraction d'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence et qui constitue l'un des éléments essentiels de cette infraction :

[TRADUCTION] Si le ministère public ne vous a pas convaincus hors de tout doute raisonnable que l'omission de [J.F.] de fournir les choses nécessaires à l'existence a mis en danger la vie de [K.M.], ou a exposé ou était de nature à exposer sa santé à un péril permanent, vous devez acquitter [J.F.] du deuxième chef. [d.a., p. 606]

Le juge a également expliqué au jury, au début de son exposé, qu'un [TRADUCTION] « doute raisonnable n'est pas un doute imaginaire ou frivole. Il ne doit pas être fondé sur la sympathie ou sur un préjugé. Il repose plutôt sur la raison et le bon sens. C'est un doute qui découle logiquement de la preuve ou de l'absence de preuve » (d.a., p. 525). La preuve relative à la chronologie des ecchymoses, la thèse de la défense et la différence entre les mots « sécurité » et « expose [. . .] à un péril permanent la santé » permettaient au jury d'éprouver un doute raisonnable à l'égard de l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence tout en estimant que tous les éléments de la négligence criminelle avaient été prouvés hors de tout doute raisonnable.

[87] Le fait que le jury ait reçu des directives expresses lui expliquant que les deux chefs

the two counts concerned separate offences and had to be distinguished:

Count 1 [criminal negligence] and count 2 [failing to provide the necessities of life] are similar offences. Indeed, the evidence that applies to them is similar, and your approach to considering them is likely to be similar. Nevertheless, I must instruct you that they are separate offences. You must, accordingly, give separate consideration and separate verdicts on each of them. You must take the law on each as I give it to you. [A.R., at pp. 535-36]

In counts 1 and 2 the Crown separately alleges that [J.F.] is criminally responsible in the death of [K.M.]. [A.R., at p. 537]

In your consideration of the evidence on each count you will consider all of the relevant circumstances as you find them to be. [A.R., at p. 537]

On count 1 you can return a verdict of “guilty” or “not guilty.” . . . [O]n count 2 you can return a verdict of “guilty” or “not guilty.” [A.R., at pp. 620 and 630]

Since it was made clear to the jurors that the offences were distinct and required separate consideration and separate verdicts, it is likely that the jury followed the instructions and conducted a separate assessment to determine whether the Crown had proved beyond a reasonable doubt that J.F.’s failure to provide the necessities of life had endangered K.M.’s life or had caused or was likely to cause K.M.’s health to be endangered permanently.

[88] The question is whether the verdicts are supportable on any interpretation of the evidence that is consistent with the instructions given by the trial judge (*Pittiman*, at para. 7). In my view, they are. Although a different jury might have concluded on the facts of this case that the bruising sustained by K.M. was sufficiently extensive to permanently endanger his health, the evidence also supports a finding by the jury that this had not been proved beyond a reasonable doubt. It must be borne in mind

constituaient des infractions différentes qui nécessitaient, de ce fait, un examen séparé et qui devaient être distinguées me conforte dans cette conclusion :

[TRADUCTION] Le premier chef [négligence criminelle] et le deuxième chef [omission de fournir les choses nécessaires à l’existence] se rapportent à des infractions semblables. De fait, ces infractions requièrent une preuve analogue, et il est probable que vous allez les aborder de la même manière. Cependant, vous devez savoir qu’il s’agit d’infractions distinctes. En conséquence, vous devez les examiner séparément et rendre un verdict séparé pour chacune. Pour chaque infraction, vous devez appliquer le droit tel que je vous l’explique. [d.a., p. 535-536]

Le ministère public allègue séparément, dans le premier chef et dans le deuxième chef, que [J.F.] est criminellement responsable de la mort de [K.M.]. [d.a., p. 537]

Pour l’examen de la preuve relative à chaque chef, vous devez tenir compte de toutes les circonstances telles que vous les tenez pour avérées. [d.a., p. 537]

À l’égard du premier chef vous pouvez rendre un verdict de « culpabilité » ou de « non-culpabilité ». [. . .] [À] l’égard du deuxième chef, vous pouvez rendre un verdict de « culpabilité » ou de « non-culpabilité ». [d.a., p. 620 et 630]

Le jury s’étant fait clairement expliqué que les infractions étaient distinctes et qu’il devait les examiner séparément et rendre un verdict séparé pour chacune, il est probable qu’il a suivi ces directives et qu’il a évalué de façon indépendante si le ministère public avait prouvé hors de tout doute raisonnable que l’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence avait mis la vie de K.M. en danger ou avait exposé ou était de nature à exposer sa santé à un péril permanent.

[88] La question est de savoir si les verdicts peuvent s’appuyer sur une théorie de la preuve compatible avec les directives données par le juge du procès (*Pittiman*, par. 7). À mon avis, ils le peuvent. Peut-être qu’un autre jury aurait conclu, au vu des faits, que les ecchymoses de K.M. étaient suffisamment importantes pour exposer la santé de K.M. à un péril permanent. Toutefois, la preuve permettait également au jury de conclure que cela n’avait pas été prouvé hors de tout doute raisonnable. Nous ne

that the “function of the court is not to substitute itself for the jury, but to decide whether the verdict is one that a properly instructed jury acting judicially, could reasonably have rendered” (*Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275, at p. 282, cited in *R. v. François*, [1994] 2 S.C.R. 827, at p. 835).

[89] My colleague Fish J. and I take different views on the relationship between the offence of failing to provide the necessities of life and the offence of criminal negligence.

[90] I respectfully disagree with my colleague’s comments on the level of blame relative to each offence. It may be unusual that a jury can find a person guilty of an offence which carries a harsher penalty, while acquitting him or her on a charge which carries a lighter one. However, moral blameworthiness cannot be assessed in the abstract. A parent who lets a child starve may be more blameworthy than one who puts a child at risk by leaving him or her in a car while shopping. In any case, moral blameworthiness is not determinative when it comes to the application of the rule against inconsistent verdicts.

[91] My colleague writes that “the jury was required to answer essentially the same question in determining whether the respondent was guilty of manslaughter under either count” (para. 4 (emphasis deleted)). This assertion is not consistent with either the elements of the distinct underlying offences or the instructions to the jury. In his charge to the jury, the trial judge set out the essential elements of the offences in such a way that the jury *did not* answer the same question for both of them. This was especially true on the issue of the type of harm specific to the offence of failing to provide the necessities of life. And it must be remembered that the jury was specifically instructed to “give separate consideration and separate verdicts” on each count.

devons pas oublier que le « rôle de la Cour n’est pas de se substituer au jury mais de décider si le verdict est l’un de ceux qu’un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d’une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre » (*Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275, p. 282, cité dans *R. c. François*, [1994] 2 R.C.S. 827, p. 835).

[89] Le juge Fish et moi avons une opinion différente du lien entre l’infraction d’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence et celle de négligence criminelle.

[90] En toute déférence, je ne suis pas d’accord avec les commentaires formulés par mon collègue sur le degré de blâme attribuable à chaque infraction. Il peut être inhabituel qu’un jury puisse déclarer un accusé coupable d’une infraction punissable d’une peine plus sévère et l’acquitter d’une autre accusation assortie d’une peine plus légère. Toutefois, la culpabilité morale ne s’évalue pas dans l’abstrait. Un parent qui laisse son enfant souffrir de la faim peut être plus moralement blâmable que celui qui le met en danger en le laissant dans une voiture pour aller faire des courses. Quoi qu’il en soit, la culpabilité morale n’est pas déterminante lorsqu’il s’agit d’appliquer la règle interdisant les verdicts incompatibles.

[91] Mon collègue écrit : « ... la question à laquelle le jury devait répondre pour déterminer si l’intimé était coupable d’homicide involontaire coupable à l’égard de l’un ou l’autre chef était essentiellement la même » (par. 4 (italiques omis)). Cette affirmation n’est compatible ni avec les éléments constitutifs des infractions sous-jacentes distinctes ni avec les directives au jury. Vu la manière dont le juge a énuméré les éléments essentiels de chaque infraction dans ses directives, le jury *n’a pas* répondu à la même question relativement aux deux infractions. Cela vaut plus particulièrement en ce qui concerne le préjudice propre à l’infraction d’omission de fournir les choses nécessaires à l’existence. Sans compter que le juge a expressément dit au jury qu’il devait « examiner séparément [chaque infraction] et rendre un verdict séparé pour chacune ».

[92] My colleague adds that, when convicting an accused of both criminal negligence and a lesser offence, courts consistently enter a stay on the lesser offence. This argument is not germane to the question of the unreasonableness of a verdict, and it requires a demonstration either that the rule against multiple convictions applies or that the offence of failure to provide the necessities of life in issue in this case was a lesser offence and was included in the offence of criminal negligence. No such demonstration has been made here.

[93] It is true that J.F. was charged with two counts of manslaughter, but manslaughter is an offence which is committed only insofar as an underlying illegal act is committed and death results from that act. In this case, each count was based on a different underlying illegal act. It is very easy to imagine a case where someone charged with two counts of manslaughter would be convicted on one count and acquitted on the other without the verdicts being unreasonable or incompatible. *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729, stands for the proposition, as refined in *R. v. Prince*, [1986] 2 S.C.R. 480, that convictions are not to be entered on more than one count if the offences share a close factual connection and a close legal nexus, even if the accused is guilty beyond a reasonable doubt of both offences. The rule in *Kienapple* should not be used in such a way that no conviction is entered at all.

[94] Moreover, the *Kienapple* rule is narrow. It has been held not to apply to the following pairs of offences: attempted armed robbery and use of a firearm while attempting to commit an indictable offence (*Krug v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 255), impaired driving causing bodily harm and criminal negligence causing bodily harm (*R. v. Andrew* (1990), 57 C.C.C. (3d) 301 (B.C.C.A.)), and use of a firearm while attempting to commit an indictable offence and aggravated assault (*R. v. Switzer* (1987), 32 C.C.C. (3d) 303 (Alta. C.A.)). In his

[92] Mon collègue affirme en outre que, lorsqu'un accusé est déclaré coupable à la fois de négligence criminelle et d'une autre infraction moins grave, les tribunaux ordonnent invariablement une suspension des procédures à l'égard de cette dernière. Cet argument fait intervenir une question tout à fait différente de celle du caractère raisonnable d'un verdict, et il exige qu'il soit démontré que la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples s'applique ou que l'infraction d'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence, en cause ici, est une infraction moindre, incluse dans l'infraction de négligence criminelle. Cette démonstration n'a pas été faite en l'espèce.

[93] Il est vrai que J.F. a été accusé de deux chefs d'homicide involontaire coupable, mais cette infraction ne peut avoir été commise que dans la mesure où un acte illégal sous-jacent a été accompli et a entraîné un décès. En l'espèce, chaque chef était fondé sur un acte illégal sous-jacent différent. Il est très facile d'imaginer une cause où quelqu'un serait accusé de deux chefs d'homicide involontaire coupable, déclaré coupable de l'un d'eux et acquitté de l'autre, sans que les verdicts soient déraisonnables ou incompatibles. L'arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729, tel qu'il a été explicité dans *R. c. Prince*, [1986] 2 R.C.S. 480, établit qu'une déclaration de culpabilité ne doit pas être inscrite à l'égard de plus d'un chef s'il existe un lien factuel et juridique étroit entre les infractions, même si l'accusé est coupable des deux infractions hors de tout doute raisonnable. La règle énoncée dans *Kienapple* ne doit pas être appliquée de façon à ce qu'aucune déclaration de culpabilité ne soit inscrite.

[94] De plus, la règle énoncée dans *Kienapple* a une portée étroite. La jurisprudence a précisé qu'elle ne s'applique pas aux paires d'infractions suivantes : tentative de vol à main armée et usage d'une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel (*Krug c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 255), conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles et négligence criminelle causant des lésions corporelles (*R. c. Andrew* (1990), 57 C.C.C. (3d) 301 (C.A.C.-B.)) et usage d'une arme à feu lors de la tentative de perpétration d'un acte criminel et

reasons, Fish J. implicitly extends the rule against multiple convictions to a case where there was only one conviction and clearly extends the rule against inconsistent verdicts in directing a reviewing court to weigh the relative degree of blameworthiness when a jury enters different verdicts.

[95] Even if I were to agree that the verdict is unreasonable, I would disagree on the remedy. My colleague relies on the fact that the Crown did not appeal the acquittal on the charge of failure to provide the necessaries of life (para. 23). However, such an appeal is not necessary in this case. In *R. v. Provo*, [1989] 2 S.C.R. 3, the accused was charged with incest and sexual assault. The trial judge found him guilty beyond a reasonable doubt on both counts, but acquitted him of sexual assault on the basis of *Kienapple*. The accused appealed his conviction and the Crown did not appeal the acquittal. The Manitoba Court of Appeal found that the accused was guilty beyond a reasonable doubt of sexual assault, but not of incest. It convicted him of sexual assault even though the Crown had not appealed the acquittal, and acquitted him of incest. This Court unanimously upheld the Court of Appeal's decision on the basis of s. 613(8) (now s. 686(8)) of the *Criminal Code*, which empowers an appeal court to make any order that justice requires. Where, as in *Provo*, the Crown does not appeal an acquittal, a court of appeal which finds defects in the conviction and in the jury charge which led to the acquittal should not be deprived of this power to "make any order, in addition, that justice requires" (s. 686(8) of the *Code*). In the instant case, had I found the verdict unreasonable, the just order would have been a new trial on both counts.

voies de fait graves (*R. c. Switzer* (1987), 32 C.C.C. (3d) 303 (C.A. Alb.)). Dans ses motifs, le juge Fish étend implicitement la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples à une affaire où une seule déclaration de culpabilité a été prononcée et étend clairement la règle interdisant les verdicts incompatibles en demandant au tribunal qui contrôle la validité de verdicts différents rendus par un jury d'apprécier le degré relatif de blâme attribuable à chaque infraction.

[95] Même si je souscrivais à la conclusion que le verdict est déraisonnable, je ne serais pas d'accord en ce qui concerne la réparation. Mon collègue s'appuie sur le fait que le ministère public n'a pas interjeté appel de l'acquiescement relativement à l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence (par. 23). Toutefois, un tel appel n'est pas nécessaire en l'espèce. Dans *R. c. Provo*, [1989] 2 R.C.S. 3, l'accusé était inculpé d'inceste et d'agression sexuelle. Le juge du procès a conclu que l'accusé était coupable des deux infractions hors de tout doute raisonnable, mais il l'a acquitté de l'infraction d'agression sexuelle en s'appuyant sur l'arrêt *Kienapple*. L'accusé a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité et le ministère public n'a pas porté l'acquiescement en appel. La Cour d'appel du Manitoba a conclu que l'accusé était coupable hors de tout doute raisonnable de l'infraction d'agression sexuelle, mais non de l'infraction d'inceste. Elle l'a déclaré coupable d'agression sexuelle, même si le ministère public n'avait pas porté l'acquiescement en appel, et l'a acquitté d'inceste. Notre Cour a ensuite confirmé à l'unanimité la décision de la Cour d'appel en se fondant sur le par. 613(8) *C. cr.* (maintenant le par. 686(8)), qui confère à une cour d'appel le pouvoir de rendre toute ordonnance que la justice exige. Lorsque, comme dans l'affaire *Provo*, le ministère public n'interjette pas appel de l'acquiescement, la cour d'appel — qui conclut à l'existence de failles dans la déclaration de culpabilité et dans l'exposé au jury qui a mené à un acquiescement — ne devrait pas être privée de son pouvoir de rendre « en outre [...] toute ordonnance que la justice exige » (par. 686(8) *C. cr.*). En l'espèce, si j'avais jugé le verdict déraisonnable, la réparation appropriée aurait consisté à ordonner la tenue d'un nouveau procès relativement aux deux chefs.

[96] I also disagree with Fish J.'s assertion that the differences between the underlying offences were "of little relevance on the facts of this case" (para. 5). All the evidence presented at trial on the time line of the bruising, which was summarized at length by the trial judge in his charge to the jury, suggests that the differences were very relevant.

[97] I also take issue with my colleague's comment that the distinction between the two offences was not "specifically explained by the judge in his charge to the jury" (para. 5) and "was at no time raised by either side throughout the entire course of the trial" (para. 27 (emphasis deleted)). On the contrary, the judge specifically laid out in detail the essential elements of each offence. Regarding the offence of failing to provide the necessities of life, he expressly explained that "Crown counsel has to prove beyond a reasonable doubt the failure of [J.F.] to provide the necessities of life required of him in the circumstances either endangered the life of [K.M.] or caused or was likely to cause his health to be permanently endangered." In my view, this instruction could do nothing but draw the jury's attention to the difference between the two offences, and there is no reason to believe that the jury did not understand. My colleague's approach can be explained only by a failure to acknowledge that while the judge made no distinction between the offences as regards the standard of conduct (marked and substantial departure) and the risk (to health or safety), he correctly drew the jurors' attention to an additional element required to prove the failure to provide the necessities of life.

[98] The question is whether the guilty verdict is unreasonable. In this case, as already discussed, the instructions on the standard of conduct and the risk to health or safety might have set the bar too high on the count based on the underlying offence of failing to provide the necessities of life. If any doubt were raised by the instructions, any error would have benefited J.F. and would not warrant entering an acquittal on the other charge (*R. v.*

[96] Je ne partage pas non plus l'avis du juge Fish que les distinctions entre les infractions sous-jacentes étaient « sans grande pertinence compte tenu des faits » (par. 5). Toute la preuve présentée au procès au sujet de la chronologie des ecchymoses, qui a été résumée au complet par le juge du procès dans son exposé au jury, indique que ces différences étaient très pertinentes.

[97] Je ne suis pas non plus d'accord avec lui lorsqu'il affirme, au sujet des distinctions entre les deux infractions, que « le juge du procès [ne les a] pas expliquées expressément dans son exposé au jury » (par. 5) et qu'aucune de ces distinctions « n'a jamais été invoquée à quelque moment que ce soit, par l'une ou l'autre des parties, de toute la durée du procès » (par. 27 (italiques omis)). Au contraire, le juge a présenté en détail les éléments essentiels de chaque infraction. Concernant l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence, il a en outre expressément expliqué que le « ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable que l'omission de [J.F.] de fournir les choses nécessaires à l'existence qu'il était tenu de fournir dans les circonstances a mis en danger la vie de [K.M.] ou bien a exposé ou était de nature à exposer sa santé à un péril permanent. » Selon moi, cette directive ne pouvait qu'attirer l'attention du jury sur les différences entre les infractions et rien ne laisse croire que les jurés ne l'ont pas comprise. La seule explication au raisonnement de mon collègue est qu'il ne reconnaît pas que le juge n'a fait aucune distinction entre les deux infractions sous-jacentes quant à la norme de conduite (écart marqué et important) et au risque (pour la santé ou la sécurité), et qu'il a signalé comme il se doit aux jurés un élément supplémentaire nécessaire à la preuve de l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence.

[98] Ce qu'il faut se demander, c'est si le verdict de culpabilité est déraisonnable. En l'espèce, comme je l'ai déjà mentionné, les directives concernant la norme de conduite et le risque pour la santé et la sécurité peuvent avoir placé la barre trop haut à l'égard du chef d'accusation fondé sur l'infraction sous-jacente d'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence. Cependant, si les directives suscitaient un doute, toute erreur aurait profité

Couture (1988), 27 Q.A.C. 205). In any event, the instructions cannot cast doubt on the conviction on the criminal negligence count, because they were the correct instructions for that count.

[99] Finally, since the jury was told that the offence of failure to provide the necessities of life entailed an element in addition to the ones required for the offence of criminal negligence, to find that the verdicts are inconsistent and enter an acquittal on the latter count would be to dismiss the jury's work on both counts, but in particular on that of criminal negligence, for which neither the instructions nor the verdict can be criticized. It has not been demonstrated that the jurors were in any way confused or had any reason to be confused, or that they "must have reached some sort of unjustifiable compromise". In other words, the verdict has not been shown to be unreasonable.

3. Conclusion

[100] I have discussed how, on the basis of the instructions this jury received, the acquittal on the failure to provide the necessities of life can be explained. I have also scrutinized the instructions on the count of criminal negligence and have not found any defects. This is not a case where a person has been convicted twice for the same offence, where one offence is a lesser and included offence or where the verdicts are inconsistent. My colleague Fish J., writing for the majority, has not explained why it is necessary to broaden or to adopt an impressionistic approach to the notion of inconsistent verdicts. At a time when trial judges are struggling to make their jury instructions appeal-proof, he has not pointed to any rule of law that would justify overturning the guilty verdict of a properly instructed jury.

à J.F. et ne saurait justifier l'inscription d'un acquittement quant à l'autre chef (*R. c. Couture* (1988), 27 Q.A.C. 205). Quoi qu'il en soit, les directives ne laissent place à aucun doute en ce qui concerne la déclaration de culpabilité quant au chef de négligence criminelle parce qu'elles correspondaient aux directives appropriées pour ce chef d'accusation.

[99] Enfin, conclure à l'incompatibilité des verdicts et prononcer l'acquittement à l'égard du chef de négligence criminelle, alors que le juge a indiqué au jury que l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence comportait un élément de plus que la négligence criminelle, serait faire fi du travail du jury relativement aux deux chefs d'accusation, mais principalement à celui de négligence criminelle, à l'égard duquel ni les instructions ni le verdict ne pouvaient faire l'objet de critique. Il n'a pas été démontré que le jury a mal compris la preuve ou qu'il avait une raison quelconque de mal la comprendre, ni qu'il « doit être parvenu à un quelconque compromis injustifiable ». Autrement dit, il n'a pas été démontré que le verdict était déraisonnable.

3. Conclusion

[100] J'ai expliqué comment, sur le fondement des directives données au jury, l'acquittement pour omission de fournir les choses nécessaires à l'existence peut s'expliquer. J'ai aussi examiné minutieusement les directives sur le chef de négligence criminelle et je n'y ai décelé aucune erreur. Il ne s'agit pas d'un cas où une personne a été déclarée coupable deux fois de la même infraction, d'un cas où une infraction est moindre et incluse ni d'un cas où les verdicts sont incompatibles. Mon collègue, le juge Fish, s'exprimant au nom des juges majoritaires, n'a pas expliqué pourquoi il serait nécessaire d'élargir la notion de verdicts incompatibles ou de lui appliquer une approche impressionniste. À une époque où les juges de première instance s'efforcent de donner au jury des directives inattaquables en appel, le juge Fish ne mentionne aucune règle de droit qui justifierait l'annulation d'un verdict de culpabilité rendu par un jury ayant reçu des directives appropriées.

[101] I would allow the appeal, dismiss the cross-appeal and restore the conviction.

Appeal dismissed and cross-appeal allowed, DESCHAMPS J. dissenting.

Solicitor for the appellant/respondent on cross-appeal: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Brodsky & Company, Winnipeg.

[101] Je suis d'avis d'accueillir l'appel, de rejeter l'appel incident et de rétablir la déclaration de culpabilité.

Pourvoi rejeté et pourvoi incident accueilli, la juge DESCHAMPS est dissidente.

Procureur de l'appelante/intimée au pourvoi incident : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé/appelant au pourvoi incident : Brodsky & Company, Winnipeg.