

William Ogg-Moss *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

File No.: 16648.

1983: November 3; 1984: September 17.

Present: Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Assault — Defences — Protection of persons in authority — Common assault by Mental Retardation Counsellor on mentally retarded adult patient — Whether defence under s. 43 of the Criminal Code available — Whether Mental Retardation Counsellor a “person standing in the place of a parent” or a “schoolteacher” — Whether victim a “child” or a “pupil” — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 43, 771.

Appellant, a Mental Retardation Counsellor, was charged with common assault after hitting a severely handicapped twenty-one year old patient several times on the forehead with a large metal spoon after he had spilled his milk. At trial, the appellant claimed the protection of s. 43 of the *Criminal Code* arguing that by virtue of his position, his relationship with the patient was that of “a person standing in the place of a parent” or a “schoolteacher” using reasonable force to correct a “child” or “pupil” in his charge.

The Provincial Court Judge dismissed the charges. The County Court Judge overturned this judgment and entered a conviction. On further appeal, the Ontario Court of Appeal returned the case to County Court for a new hearing. The County Court held that s. 43 applied and acquitted the accused. On second appeal to the Court of Appeal the acquittal was set aside. It was held that the appellant was not a “schoolteacher” or “person standing in the place of a parent” and the complainant was neither a “pupil” nor “child” within the meaning of s. 43. The issue on this appeal is whether a Mental Retardation Counsellor who uses physical force on a mentally retarded adult under his supervision has the benefit of s. 43 of the *Code*.

Held: The appeal should be dismissed.

The Ontario Court of Appeal properly took jurisdiction to consider this appeal pursuant to s. 771(1) of the

William Ogg-Moss *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

N° du greffe: 16648.

1983: 3 novembre; 1984: 17 septembre.

Présents: Les juges Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre et Chouinard.

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

Droit criminel — Voies de fait — Moyens de défense — Protection des personnes exerçant l'autorité — Voies de fait simples perpétrées par un conseiller en déficience mentale contre un adulte arriéré mental — Peut-on invoquer le moyen de défense prévu à l'art. 43 du Code criminel? — Le conseiller en déficience mentale est-il «une personne qui remplace le père ou la mère» ou un «instituteur»? — La victime est-elle un «enfant» ou un «élève»? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 43, 771.

L'appellant, un conseiller en déficience mentale, a été accusé de voies de fait simples pour avoir frappé plusieurs fois au front un patient arriéré mental profond et âgé de vingt-et-un ans, avec une grosse cuillère de métal parce qu'il avait renversé son lait. Au procès, l'appellant a invoqué la protection de l'art. 43 du *Code criminel* en faisant valoir que, en raison de son poste, sa situation par rapport au patient était celle d'une «personne qui remplace le père ou la mère» ou d'un «instituteur» qui emploie une force raisonnable pour corriger un «enfant» ou «élève» confié à ses soins.

Le juge de la Cour provinciale a rejeté les accusations. Le juge de la Cour de comté a infirmé ce jugement et enregistré une déclaration de culpabilité. En appel, la Cour d'appel de l'Ontario a renvoyé l'affaire à la Cour de comté pour nouvelle audition. La Cour de comté a jugé que l'art. 43 s'appliquait et a acquitté l'accusé. Lors du second appel, la Cour d'appel a infirmé l'acquittement. Elle a conclu que l'appellant n'était pas un «instituteur» ni une «personne qui remplace le père ou la mère» et que le plaignant n'était ni un «élève» ni un «enfant» au sens de l'art. 43. Ce pourvoi porte sur la question de savoir si un conseiller en déficience mentale qui emploie la force physique contre un adulte arriéré mental placé sous sa surveillance peut bénéficier de l'art. 43 du *Code*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

La Cour d'appel de l'Ontario avait effectivement compétence pour connaître de cet appel conformément au

Criminal Code; the definition and meaning of various terms in s. 43 and the question whether there was any evidence capable of sustaining a conclusion that s. 43 applied are issues of law.

Section 43 of the *Criminal Code* recognizes the right of a schoolteacher, parent or person standing in the place of a parent to use reasonable force in the correction of a child or a pupil. This section must be strictly construed since it deprives an individual or a group of the equal protection normally offered by the criminal law, namely the right to be free from unconsented invasions of physical security or dignity. Here section 43 has no application: a Mental Retardation Counsellor is not a "person standing in the place of a parent" or a "schoolteacher" and a mentally retarded adult under his care, even if severely retarded, is neither a "child" nor a "pupil" within the meaning of s. 43.

In the *Criminal Code* and in the common law antecedents of s. 43, as well as other relevant statutes, the word "child" always refers to a person chronologically younger than the age of majority; there is no basis for interpreting the word "child" to include adults who are childlike or who are dependant upon a "parenting" figure. A Mental Retardation Officer is not a person standing in place of a parent since he has not assumed all of the obligations incidental to parental relationships, particularly that of support and maintenance. Even assuming that the complainant's admission to the Centre as a voluntary patient with parental consent implies a delegation of parental powers in favour of the Minister of Social Services, the appellant was not a delegate of the Minister for purposes of exercising any right of correction; indeed, Personal Directive No. M.R. 17 specified that physical force against any resident was forbidden. The meaning of the term "pupil" in s. 43 is limited to a child taking instruction, in the same manner it was at common law. Finally, the term "schoolteacher" generally refers to a person who gives formal instruction in a children's school. Mental Retardation Counsellors are neither qualified nor licensed as schoolteachers and their functions are those of personal care and not, in any meaningful sense, of teaching.

Even assuming that s. 43 applied to the parties in this case, the appellant's use of force cannot constitute "using force by way of correction". The record discloses that the person being corrected was, to the knowledge of

par. 771(1) du *Code criminel*: la définition et le sens des différents termes de l'art. 43 et la question de savoir si la preuve peut justifier la conclusion que l'art. 43 s'applique constituent des questions de droit.

L'article 43 du *Code criminel* reconnaît à un instituteur, au père ou à la mère ou à la personne qui remplace le père ou la mère le droit d'avoir recours à la force pour corriger un enfant ou un élève. Cet article doit recevoir une interprétation stricte puisqu'il a pour effet d'ôter à une personne ou à un groupe la protection que normalement le droit criminel offre également à tous, savoir le droit de chacun d'être protégé des atteintes à sa dignité et à sa sécurité physique sans son consentement. En l'espèce, l'art. 43 ne s'applique pas: un conseiller en déficience mentale n'est ni «une personne qui remplace le père ou la mère» ni un «instituteur» et un adulte arriéré mental confié à ses soins, quelle que soit la gravité de sa déficience, n'est ni un «enfant» ni un «élève» au sens de l'art. 43.

Dans le *Code criminel* et dans les dispositions de *common law* qui ont précédé l'art. 43, de même que dans d'autres lois pertinentes, le mot «enfant» a toujours désigné une personne mineure; on n'est pas fondé à interpréter le mot «enfant» pour y inclure des adultes qui sont enfantins ou qui dépendent d'une personne qui «remplit les fonctions des parents». Un conseiller en déficience mentale n'est pas une personne qui remplace le père ou la mère puisqu'il ne prend pas en charge toutes les obligations propres aux parents, particulièrement en matière d'entretien. Même si on prend pour acquis que l'admission du plaignant au centre à titre de patient volontaire, avec le consentement de ses parents, implique une délégation de l'autorité parentale en faveur du ministre des Services sociaux, l'appelant n'était pas un élué du Ministre aux fins de l'exercice du droit de corriger; d'ailleurs la directive n° M.R. 17 à l'intention du personnel interdit strictement d'employer la force physique contre un patient. Le sens du terme «élève» employé à l'art. 43 est limité comme c'était d'ailleurs le cas en *common law*, à un enfant qui reçoit de l'instruction. Finalement, le mot «instituteur» vise d'une manière générale une personne qui dispense de l'instruction dans une école primaire. Les conseillers en déficience mentale ne sont pas titulaires de brevets d'enseignement ni ne possèdent les compétences requises pour enseigner et leurs fonctions consistent à donner des soins personnels et non pas à enseigner au sens ordinaire.

De toute façon même si l'on prend pour acquis que l'art. 43 s'applique aux parties en l'espèce, l'emploi de la force par l'appelant ne revient pas à «employer la force pour corriger». Il se dégage du dossier que la personne

the person applying the force, incapable of remembering the correction within minutes of its application.

Bennet v. Bennet (1879), 10 Ch. D. 474; *Ex parte Pye* (1811), 18 Ves. 140; *Powys v. Mansfield* (1837), 3 My. & Cr. 359; *Mitchell v. City of Toronto* (1921), 64 D.L.R. 569; *Shtitz v. C.N.R.*, [1927] 1 D.L.R. 951; *Fuller v. Fuller*, 418 F. 2d 1189 (1969); *Busillo v. Hetzel*, 374 N.E. 2d 1090 (1978); *R. v. Woods* (1921), 85 J.P. 272; *North Carolina v. Pittard*, 263 S.E. 2d 809 (1980); *Martin v. United States*, 452 A. 2d 360 (1982); *Mitchell v. Defries* (1846), 2 U.C.Q.B. 430; *Brisson v. Lafontaine* (1864), 8 L.C. Jur. 173; *R. v. Griffin* (1869), 11 Cox C.C. 402, referred to.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1981), 60 C.C.C. (2d) 127, 24 C.R. (3d) 264, setting aside accused's acquittal on a charge of common assault. Appeal dismissed.

Ronald L. Doering, for the appellant.

S. Casey Hill and *Kenneth L. Campbell*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—This appeal raises the issue of whether a Mental Retardation Counsellor (M.R.C.) who uses physical force on a mentally retarded adult under his supervision has the benefit of s. 43 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. Section 43 reads:

43. Every schoolteacher, parent or person standing in the place of a parent is justified in using force by way of correction toward a pupil or child, as the case may be, who is under his care, if the force does not exceed what is reasonable under the circumstances.

The question of the applicability of s. 43 is basically one of statutory construction but inevitably it puts into issue two sensitive topics, namely, the status and rights of mentally retarded persons, and the limits on the disciplinary prerogatives of persons in authority over those in their charge. Despite this overlay of social concerns it is important to remember that the case before this Court is a criminal one and its resolution must be based on

corrigée était, à la connaissance de la personne qui a eu recours à la force, incapable de s'en souvenir à peine quelques minutes après l'administration de la correction.

Jurisprudence: *Bennet v. Bennet* (1879), 10 Ch. D. 474; *Ex parte Pye* (1811), 18 Ves. 140; *Powys v. Mansfield* (1837), 3 My. & Cr. 359; *Mitchell v. City of Toronto* (1921), 64 D.L.R. 569; *Shtitz v. C.N.R.*, [1927] 1 D.L.R. 951; *Fuller v. Fuller*, 418 F. 2d 1189 (1969); *Busillo v. Hetzel*, 374 N.E. 2d 1090 (1978); *R. v. Woods* (1921), 85 J.P. 272; *North Carolina v. Pittard*, 263 S.E. 2d 809 (1980); *Martin v. United States*, 452 A. 2d 360 (1982); *Mitchell v. Defries* (1846), 2 U.C.Q.B. 430; *Brisson v. Lafontaine* (1864), 8 L.C. Jur. 173; *R. v. Griffin* (1869), 11 Cox C.C. 402.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1981), 60 C.C.C. (2d) 127, 24 C.R. (3d) 264, qui a infirmé le verdict d'acquittement de l'accusé relativement à l'accusation de voies de fait simples. Pourvoi rejeté.

Ronald L. Doering, pour l'appellant.

S. Casey Hill et *Kenneth L. Campbell*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE DICKSON—Ce pourvoi soulève la question de savoir si un conseiller en déficience mentale (C.D.M.) qui emploie la force physique contre un adulte arriéré mental placé sous sa surveillance peut bénéficier de l'art. 43 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34. L'article 43 est ainsi rédigé:

43. Tout instituteur, père ou mère, ou toute personne qui remplace le père ou la mère, est fondé à employer la force pour corriger un élève ou un enfant, selon le cas, confié à ses soins, pourvu que la force ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances.

La question de l'applicabilité de l'art. 43 relève essentiellement du domaine de l'interprétation des lois, mais elle met inévitablement en cause deux sujets délicats, savoir le statut et les droits des personnes arriérées mentales d'une part et, d'autre part, les limites des pouvoirs disciplinaires que peuvent exercer les personnes ayant autorité à l'endroit des personnes qui leur sont confiées. Malgré cet élément social, il importe de se rappeler que nous sommes saisis en l'espèce d'une

legal principles.

I Background and Facts

Mr. Ogg-Moss was charged with assaulting one Kent Henderson, a twenty-one year old developmentally handicapped resident of the Rideau Regional Centre, located in Smith Falls, Ontario. Mr. Ogg-Moss was employed at the Regional Centre as an M.R.C. He argues that by virtue of this position, his relationship with Mr. Henderson was that of "a person standing in the place of a parent" or of a "schoolteacher" using reasonable force to "correct" a "child" or "pupil" in his charge. He claims therefore the protection of s. 43.

Mental Retardation Counsellors are the "front-line direct care staff" in provincial facilities for the developmentally handicapped. Their duties are set out in Regulations and Directives made pursuant to the *Developmental Services Act*, R.S.O. 1980, c. 118. These duties include providing daily care for the residents of such facilities and implementing programs designed and supervised by physicians, psychologists and other more senior professional personnel.

On the day in question Mr. Ogg-Moss was supervising a group of residents in a low grade ward. The residents, including Mr. Henderson, were seated at tables awaiting lunch. Mr. Henderson was described in evidence at trial as "very low functioning" and "profoundly retarded" with an I.Q. of less than 20. He was incapable of speech and, as a result of being a "head-banger" suffered from a large haematoma on his forehead. In an apparent attempt to attract Mr. Ogg-Moss's attention, Mr. Henderson spilled his milk on the table before him, whereupon Mr. Ogg-Moss shouted "no" and struck Mr. Henderson five times on the forehead with a large metal spoon for the purpose, according to his later testimony, "of punishing him for what he did".

affaire criminelle qui doit être tranchée par l'application de principes juridiques.

I Historique et faits

M. Ogg-Moss a été accusé d'avoir perpétré des voies de fait contre un nommé Kent Henderson, un handicapé mental âgé de vingt-et-un ans, patient du Centre régional Rideau de Smith Falls (Ontario). M. Ogg-Moss fait valoir qu'en raison du poste de C.D.M. qu'il occupait dans cet établissement, sa situation par rapport à M. Henderson était celle d'une «personne qui remplace le père ou la mère» ou d'un «instituteur» qui emploie une force raisonnable pour «corriger» un «enfant» ou «élève» confié à ses soins. Il invoque donc la protection de l'art. 43.

C'est aux conseillers en déficience mentale qu'il incombe principalement de fournir les soins directs dans les établissements provinciaux pour les handicapés mentaux. Leurs fonctions qui sont énoncées dans le règlement et les directives établis conformément à la *Developmental Services Act*, R.S.O. 1980, chap. 118, consistent notamment à donner aux patients les soins dont ils ont besoin chaque jour et à mettre en oeuvre, sous la surveillance de médecins, de psychologues et d'autres membres du personnel professionnel supérieur, des programmes conçus par ces mêmes personnes.

Le jour en question, M. Ogg-Moss surveillait un groupe de patients dans une salle réservée aux arriérés profonds. Les patients, au nombre desquels figurait M. Henderson, étaient attablés, attendant que le déjeuner soit servi. Au procès, on a témoigné que M. Henderson avait [TRADUCTION] «un très bas niveau de fonctionnement» et qu'il était [TRADUCTION] «arriéré profond», son Q.I. étant inférieur à 20. Incapable de parler, il était atteint de crouomanie et, de ce fait, souffrait d'un gros hématome au front. Apparemment dans une tentative d'attirer l'attention de M. Ogg-Moss, M. Henderson a renversé son lait sur la table devant lui. Là-dessus, M. Ogg-Moss a crié «non» et a frappé M. Henderson à cinq reprises au front avec une grosse cuillère de métal, son objet, a-t-il témoigné par la suite, étant [TRADUCTION] «de le punir pour son geste».

The incident was reported by a summer student at the Rideau Regional Centre. It was her testimony that Mr. Henderson did not cry out as a result of being struck but appeared "quite startled". She felt that had she been hit with that force she would have cried. In his evidence, in response to a question as to Mr. Henderson's reaction to the blows, Mr. Ogg-Moss replied "Kent can't speak but he gives this guttural sound and he did give a cry when I hit him". Mr. Ogg-Moss stated further that five minutes after being hit with the spoon, Mr. Henderson would be incapable of remembering the incident. He conceded he was aware that it was a contravention of hospital policy to strike residents. Previous to the incident he had certified in writing that he had read and understood Personnel Directive Number M.R. 17 of the Ministry of Social Services which specified that physical force against any resident for any reason whatsoever was strictly forbidden.

Paragraph N of the Directive reads:

Striking of Patients:—No patient is to be struck for any reason whatsoever; approved methods of necessary patient restraint specifically exclude striking and any other form of unnecessary aggression. Any employee who strikes, slaps or kicks a patient will be dismissed.

II The Decisions in the Ontario Courts

At first instance in the Ontario Provincial Court, counsel for the Crown conceded that s. 43 was potentially available to the accused as a defence. The case was therefore argued on the issue of whether the force used by Mr. Ogg-Moss was more than "reasonable" in the circumstances. Smith Prov. Ct. J. held that it was not, and that Mr. Ogg-Moss was justified in taking the action he did to discipline the resident and to prevent the hospital from becoming a "mad house". He dismissed the charge.

The Crown appealed to the County Court where Matheson Co. Ct. J. took a different view of the incident and its surrounding circumstances. While acknowledging the difficult nature of the accused's

L'acte de M. Ogg-Moss a été rapporté par une étudiante qui occupait un poste d'été au Centre régional Rideau. Selon son témoignage, M. Henderson n'a pas poussé de cri lorsqu'il a été frappé, mais il avait l'air [TRADUCTION] «tout surpris». Elle pensait que si elle avait été frappée aussi fort, elle aurait pleuré. Répondant à une question concernant la réaction de M. Henderson, M. Ogg-Moss a dit: [TRADUCTION] «Kent ne peut pas parler, mais il est capable d'émettre un son guttural et il a poussé un cri quand je l'ai frappé.» M. Ogg-Moss a témoigné en outre, que, cinq minutes après avoir reçu les coups de cuillère, M. Henderson était incapable de se souvenir de l'incident. Il n'a pas caché non plus qu'il savait que l'hôpital interdisait de frapper les patients. Antérieurement à l'incident en cause il avait certifié par écrit avoir lu et compris la directive numéro M.R. 17 du ministère des Services sociaux à l'intention du personnel, portant que l'emploi de la force physique contre un patient, quel qu'en soit le motif, est strictement défendu.

Le paragraphe N de la directive est ainsi conçu:

[TRADUCTION] Recours aux coups contre les patients:— Dans aucune circonstance, il n'est permis de frapper un patient; le recours aux coups ou à toute autre forme de violence inutile est exclu des méthodes approuvées pour maîtriser un patient dans les cas où cela peut être nécessaire. Sera renvoyé tout employé qui frappe ou gifle un patient ou qui lui donne un coup de pied.

II Les décisions des cours ontariennes

Au procès devant la Cour provinciale de l'Ontario, le substitut du procureur général a concédé qu'il était possible pour l'accusé d'invoquer l'art. 43 comme moyen de défense. Par conséquent, les débats ont porté sur la question de savoir si la force employée par M. Ogg-Moss dépassait la mesure «raisonnable» dans les circonstances. Le juge Smith a conclu que non et que les mesures disciplinaires que M. Ogg-Moss avaient prises pour punir le patient se justifiaient par la nécessité d'empêcher que l'hôpital ne devienne une «maison de fous». Il a rejeté l'accusation.

Le ministère public a porté cette décision en appel devant la Cour de comté et là le juge Matheson a vu d'un oeil différent l'incident et les circonstances l'entourant. Tout en reconnaissant le

job, Matheson Co. Ct. J. held that the force used was neither reasonable nor justified and substituted a conviction and a fine.

On further appeal to the Ontario Court of Appeal the applicability of s. 43 was for the first time challenged by the Crown. Since there was no evidence before them on this issue, Justices Jessup, Martin and Weatherston sent the case back to the County Court for a new hearing of the appeal. At this new hearing Flanigan Co. Ct. J. held that a "child" for purposes of s. 43 included a "severely retarded" adult and that Mr. Ogg-Moss stood "in the place of a parent" to Mr. Henderson. Flanigan Co. Ct. J. then stated that in view of what he saw as the limited role of the appellate court on review, he was unwilling to draw different inferences from those drawn by the trial judge on the issue of the reasonableness of the force used by Mr. Ogg-Moss. He restored the acquittal at trial.

The appeal then returned a second time to the Ontario Court of Appeal (1981), 60 C.C.C. (2d) 127, 24 C.R. (3d) 264. In a very brief oral judgment delivered for himself and for Martin and Lacourcière J.J.A., Jessup J.A. set out the facts of the case and then held:

However, in our opinion, the respondent was not a schoolteacher or person standing in the place of a parent and the complainant was neither a pupil or child within the meaning of s. 43. In the result we think the appeal must be allowed and the verdict of acquittal set aside and a verdict of guilty entered. By way of penalty we would impose an absolute discharge.

III The Grounds of Appeal

The appellant was granted leave to appeal on five grounds:

1. Whether the Ontario Court of Appeal erred in holding that a Mental Retardation Counsellor charged with the daily care of profoundly mentally retarded persons are [*sic*] not in the place of a parent vis-à-vis these persons;

caractère difficile du travail de l'accusé, le juge Matheson a conclu que la force employée n'était ni raisonnable ni justifiée; il a donc substitué à l'acquittement un verdict de culpabilité et a imposé une amende.

On en a appelé ensuite à la Cour d'appel de l'Ontario et c'est alors que le ministère public a contesté pour la première fois l'applicabilité de l'art. 43. Vu l'absence de preuve sur ce point, les juges Jessup, Martin et Weatherston ont renvoyé l'affaire à la Cour de comté pour qu'elle procède à une nouvelle audition de l'appel. À l'issue de cette nouvelle audition, le juge Flanigan de la Cour de comté a conclu qu'un adulte [TRADUCTION] «sévèrement arriéré» est un «enfant» aux fins de l'art. 43 et que M. Ogg-Moss «rempla[çait] le père» de M. Henderson. Puis, le juge Flanigan a ajouté que, compte tenu de ce qu'il considérait comme le rôle limité du tribunal d'appel en matière de révision, il ne voulait pas tirer de conclusions différentes de celles du juge du procès quant au caractère raisonnable de la force employée par M. Ogg-Moss. Par conséquent, il a rétabli l'acquittement prononcé au procès.

L'affaire est alors venue une seconde fois devant la Cour d'appel de l'Ontario (1981), 60 C.C.C. (2d) 127, 24 C.R. (3d) 264. Dans de très brefs motifs oraux auxquels les juges Martin et Lacourcière ont souscrit, le juge Jessup a exposé les faits, puis a conclu:

[TRADUCTION] Nous estimons toutefois que l'intimé n'était pas un instituteur ni une personne qui remplace le père ou la mère et que le plaignant n'était ni un élève ni un enfant au sens de l'art. 43. En conséquence, nous sommes d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler le verdict d'acquittement et d'inscrire un verdict de culpabilité. Nous imposons comme peine la libération inconditionnelle.

III Moyens d'appel

L'appelant a reçu l'autorisation de pourvoi. Les cinq moyens invoqués sont les suivants:

[TRADUCTION]

1. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en concluant qu'un conseiller en déficience mentale chargé de fournir à des personnes atteintes de déficience mentale profonde les soins dont elles ont besoin chaque jour ne remplace pas le père ou la mère de ces dernières?

2. whether the Ontario Court of Appeal erred in holding that a profoundly retarded person with the physical age of twenty-one and the mental age of five is not a "child" for the purposes of the application of Section 43 of the Criminal Code of Canada;

3. whether the Ontario Court of Appeal erred in holding that a Mental Retardation Counsellor charged with training mentally retarded persons in basic life skills are [*sic*] not schoolteachers and their charges not pupils in the circumstances of an institution for the mentally retarded;

4. whether the Ontario Court of Appeal erred in not ordering a new trial, having concluded that Section 43 of the Criminal Code had no application;

5. that the learned Justices of the Court of Appeal erred in law by basing their decision on a question of *fact* alone, when the jurisdiction of that Honourable Court was one of appeal restricted to questions of *law* alone, pursuant to Section 771(1) of the Criminal Code.

Though listed last, the fourth and fifth of these grounds are logically prior to the others since they challenge the jurisdiction of the Court of Appeal to proceed as it did. Counsel for Mr. Ogg-Moss argues that the applicability of a specific section of the *Criminal Code* to a given set of circumstances is a question of fact. He submits, therefore, that the Court of Appeal's overturning of *Flanigan Co. Ct. J.*'s conclusions as to the applicability of s. 43 to the facts of the present case was beyond its jurisdiction which (in summary conviction matters, pursuant to s. 771(1)) is restricted to questions of law. He argues further that if the Court of Appeal was of the opinion that the courts below did not adequately deal with the question of the applicability of s. 43, the proper course would have been to order a new trial.

I cannot accept these submissions. In the present case the issue of the applicability of s. 43 depends on the legal definition and meaning of various terms and phrases in that section and whether, therefore, there was any evidence before the courts below capable of sustaining a conclusion that s. 43 did apply. These are clearly legal questions and therefore within the jurisdiction of the Court of Appeal. If it is correct that s. 43 cannot apply to a

2. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en concluant qu'une personne atteinte de déficience mentale profonde, ayant un âge réel de vingt-et-un ans et un âge mental de cinq ans n'est pas un «enfant» aux fins de l'application de l'art. 43 du Code criminel du Canada?

3. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en concluant qu'un conseiller en déficience mentale chargé d'apprendre aux personnes arriérées mentales l'essentiel pour se débrouiller dans la vie n'est pas un instituteur et que les personnes confiées à ses soins dans un établissement pour arriérés mentaux ne sont pas des élèves?

4. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en n'ordonnant pas un nouveau procès après avoir conclu à l'inapplicabilité de l'art. 43 du Code criminel?

5. Les savants juges de la Cour d'appel ont commis une erreur de droit en fondant leur arrêt uniquement sur une question de *fait* alors que le par. 771(1) du Code criminel limite la compétence en matière d'appel de ladite cour aux seules questions de *droit*.

Bien que les quatrième et cinquième moyens soient soulevés en dernier, ils devraient en toute logique précéder les autres puisqu'ils contestent la compétence de la Cour d'appel de procéder comme elle l'a fait. Selon l'avocat de M. Ogg-Moss, l'applicabilité d'un article déterminé du *Code criminel* à des circonstances données est une question de fait. Il soutient donc que la Cour d'appel a excédé sa compétence en infirmant la décision du juge *Flanigan* de la Cour de comté quant à l'applicabilité de l'art. 43 aux faits de la présente espèce, car, aux termes du par. 771(1), cette compétence se limite, dans le cas des poursuites sommaires, aux questions de droit. Il prétend en outre que, si la Cour d'appel estimait que les tribunaux d'instance inférieure n'avaient pas traité adéquatement de l'applicabilité de l'art. 43, il aurait fallu à ce moment-là ordonner un nouveau procès.

Je ne puis retenir ces arguments. En l'espèce, l'applicabilité de l'art. 43 dépend de la définition et du sens juridiques de différents termes et expressions qui y sont employés et aussi de l'existence de preuves qui auraient pu fonder les tribunaux d'instance inférieure à conclure qu'il s'appliquait. Il s'agit manifestement là de questions de droit qui, par conséquent, relèvent de la compétence de la Cour d'appel. S'il est exact que l'art. 43 ne trouve

situation like the present then it must inevitably follow that the blows admittedly struck by Mr. Ogg-Moss constituted an assault under s. 245(1) and the Court of Appeal, in the exercise of its discretion, was within its jurisdiction under s. 613(4)(b)(ii) in substituting a conviction for the acquittal below.

The other three grounds of appeal present different facets of the main question as to whether the Court of Appeal was correct in concluding that s. 43 could not apply to the present case. Mr. Ogg-Moss submits that that court erred in all three of its major conclusions on the question. In contrast to the Court of Appeal's conclusions, he submits that (1) Mr. Henderson was a "child" within the meaning of s. 43; (2) Mr. Ogg-Moss was "in the place of a parent" to him for purposes of that section, and (3) the relationship between them was that of "schoolteacher" and "pupil". The Crown submits, on the contrary, that the Court of Appeal was correct in its conclusion on each of the three points and therefore correct in entering a conviction in place of the acquittal below.

Although he purports to base his reading of the terms in issue in this appeal on their "natural and ordinary meaning", the appellant's argument is essentially a functional one. He argues that the terms "person in the place of a parent" and "child", on the one hand, and "schoolteacher" and "pupil", on the other, refer to relationships. Consequently, he says, the application of s. 43 ought to be determined primarily on the basis of the nature and quality of the relationship between the "parenting person" and the "child" under his care, or between the "schoolteacher" and his "pupil", rather than on the basis of such factors as the chronological age of the "child" or "pupil".

Mr. Ogg-Moss therefore seeks to support his contention that he was "in the place of a parent" to Mr. Henderson by citing the *Province of Ontario Manual of Program Care Standards*

as d'application dans une situation comme celle qui se présente ici, il doit s'ensuivre inévitablement que les coups que M. Ogg-Moss avoue avoir donnés constituaient des voies de fait visées au par. 245(1) et que le sous-al. 613(4)(b)(ii) habilitait la Cour d'appel, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, à substituer une déclaration de culpabilité à l'acquittement prononcé par le tribunal d'instance inférieure.

Les trois autres moyens d'appel portent sur différents aspects de la question principale de savoir si la Cour d'appel a eu raison de conclure à l'inapplicabilité de l'art. 43 en l'espèce. M. Ogg-Moss prétend que les trois conclusions principales de la cour sur cette question sont entachées d'erreur. Prenant le contre-pied des conclusions de la Cour d'appel, M. Ogg-Moss fait valoir (1) que M. Henderson est un «enfant» au sens de l'art. 43; (2) que, aux fins de cet article, il «rempla[çait] le père» de M. Henderson; et (3) que les rapports entre eux étaient ceux qui existent entre un «instituteur» et un «élève». Le ministère public, par contre, soutient que les conclusions de la Cour d'appel sur chacun des trois points sont bien fondées et que, par conséquent, elle a eu raison de remplacer l'acquittement par une déclaration de culpabilité.

Bien qu'il prétende donner aux termes en litige dans ce pourvoi leur [TRADUCTION] «sens naturel et ordinaire», l'appelant met de l'avant un argument essentiellement fonctionnel. En effet, il soutient que les termes «personne qui remplace le père ou la mère» et «enfant» d'une part, et les mots «instituteur» et «élève» d'autre part, désignent des rapports entre les personnes. Il s'ensuit, selon lui, que l'applicabilité de l'art. 43 doit être déterminée surtout en fonction de la nature et de la qualité des rapports entre la «personne qui fait office de père ou de mère» et l'«enfant» confié à ses soins, ou entre l'«instituteur» et son «élève», plutôt qu'en fonction de facteurs tels que l'âge réel de l'«enfant» ou de l'«élève».

M. Ogg-Moss invoque donc à l'appui de l'argument selon lequel il «rempla[çait] le père» de M. Henderson un passage tiré du *Province of Ontario Manual of Program Care Standards*

(September 1976), from which he quotes the following passage:

Direct-care staff shall be responsible for observing, detecting, reporting and managing usual resident illness and behaviour. They shall be trained as surrogate parents to handle such illness and behaviour as are commonly met in the working situation.

(Emphasis added.)

He argues that the functions of an M.R.C. correspond to those of a parent and that, in fact, the M.R.C. is the only "parent" many mentally retarded persons will know. This line of argument found favour with Flanigan Co. Ct. J. who prefaced his conclusion that Mr. Ogg-Moss stood in the place of a parent to Mr. Henderson by observing:

I can't think of any person more closely associated with this particular victim [*sic*] as a parent image than the accused.

On the basis of his contention that an M.R.C. stands in the place of a parent to a mentally retarded person, the appellant argues that the mentally retarded person is a "child" for purposes of s. 43 no matter what his chronological age may be. He contends that this reading of s. 43 is consistent with the ordinary meaning of the word "child", which, as defined by *Webster's Dictionary of the English Language*, includes a "childlike or childish person". The appellant cites from the decision of Flanigan Co. Ct. J.:

When one looks at the job description that is affixed to the Appellant's Affidavit . . . and when one refers to the evidence as to the condition of the victim who has been in this institution for many years, one can come to no other conclusion on any reasonable basis that [*sic*] the word "child" could not [*sic*] apply to him. Surely the very services that are applied and that this victim requires are those that we envisage being required by a child of tender years.

Finally, the appellant urges, even if Mr. Henderson was not a "child" within the meaning of s. 43, his relationship to Mr. Ogg-Moss was nevertheless that of a "pupil" to a "schoolteacher". He contends that the job description of a M.R.C.

(septembre 1976), dont voici le texte:

[TRADUCTION] Il incombe au personnel chargé de fournir les soins directs d'observer, de dépister et de rapporter les maladies et les comportements habituels des patients et d'y faire face. Le personnel doit recevoir une formation de parents de remplacement pour faire face aux maladies et aux comportements qui se rencontrent couramment dans les établissements.

^b (C'est moi qui souligne.)

Il soutient que les fonctions d'un C.D.M. correspondent à celles de parents et qu'en fait le C.D.M. est le seul «père ou mère» que bien des personnes arriérées mentales connaîtront. Cet argument a été retenu par le juge Flanigan qui a fait précéder sa conclusion que M. Ogg-Moss remplaçait effectivement le père de M. Henderson de l'observation suivante:

[TRADUCTION] Je ne puis imaginer de personne qui, en raison de ses rapports étroits avec cette victime (*sic*), remplit mieux que l'accusé les fonctions d'un père.

^e Prenant pour point de départ qu'un C.D.M. remplace le père ou la mère d'une personne arriérée mentale, l'appellant fait valoir que cette dernière est un «enfant» aux fins de l'art. 43, peu importe son âge réel. Selon l'appellant, cette interprétation de l'art. 43 cadre bien avec le sens ordinaire du mot «enfant» qui, d'après la définition donnée dans *Webster's Dictionary of the English Language*, comprend une [TRADUCTION] «personne comparable à un enfant». L'appellant cite l'extrait suivant tiré de la décision du juge Flanigan:

[TRADUCTION] À l'examen de la description d'emploi jointe à l'affidavit de l'appellant . . . et au vu de la preuve quant à l'état de la victime, internée dans cet établissement depuis fort longtemps, la seule conclusion raisonnable à laquelle on puisse arriver est que le mot «enfant» ne (*sic*) s'applique pas (*sic*) à elle. Peut-on nier alors que les services qui lui sont fournis et dont elle a besoin sont précisément ceux qui sont requis dans le cas d'un enfant en bas âge?

En dernier lieu, soutient énergiquement l'appellant, même si M. Henderson n'était pas un «enfant» au sens de l'art. 43, le rapport entre eux était certainement celui d'«élève» et d'«instituteur». L'appellant fait valoir que, selon la description

includes teaching "life skills" and that at the time of the incident in question he was teaching Mr. Henderson to eat with a spoon. In the absence of a statutory definition, the terms "schoolteacher" and "pupil" should, he submits, be given a liberal interpretation so as to include this sort of instructional activity.

IV The Purpose and the Effect of s. 43

Mr. Ogg-Moss urges a broad, functional approach to the terms in s. 43. In his submission, the purpose of s. 43 is to protect persons exercising certain parental and instructional functions and therefore its terms ought to be defined so as to further that purpose. I do not doubt that a functional reading is often more appropriate to statutory construction than a slavishly literal one and is often better suited to the attainment of legislative purposes. This appropriateness, however, depends on the accuracy with which the purpose of the enactment is identified.

I note that in the present appeal, there is something circular in the way the appellant identifies the purpose of s. 43. If he is correct, and the terms "in the place of a parent" and "child" or "schoolteacher" and "pupil" ought to be given wide interpretations, then he will also be correct that a particular result, and arguably the purpose, of s. 43 will be to protect persons exercising widely-defined "parental" or "educational" functions. But since the accuracy of this identification of the purpose of s. 43 *depends* on the accuracy of Mr. Ogg-Moss's "liberal" definitions of its terms, I do not see how it is possible then to turn around and use this purpose to *support* these very same definitions. It seems clearly true that the purpose of s. 43 and the meaning of its terms are closely intertwined, but the consequence is that neither one can be deduced from an *a priori* definition of the other. An abstract definition of the hypothetical purpose cannot, therefore, be the proper starting point for a consideration of the meaning of its terms.

d'emploi, les fonctions d'un C.D.M. consistent notamment à enseigner «ce qu'il faut pour se débrouiller dans la vie» et que, au moment de l'incident en cause, il apprenait à M. Henderson à manger avec une cuillère. Toujours selon l'appelant, à défaut de définition légale, les termes «instituteur» et «élève» doivent recevoir une interprétation large de manière à comprendre ce genre d'activités pédagogiques.

IV L'objet et l'effet de l'art. 43

M. Ogg-Moss propose à l'égard de l'art. 43 l'adoption d'un point de vue large et fonctionnel. Suivant l'argument de M. Ogg-Moss, l'art. 43 vise à protéger les personnes qui exercent certaines fonctions parentales et éducatives et, par conséquent, les termes employés dans cet article doivent recevoir une définition qui permettra d'atteindre cet objet. Je ne doute pas qu'en matière d'interprétation des lois, une interprétation fonctionnelle est souvent préférable à une littéralité servile en ce sens que, dans bien des cas, il favorise la réalisation de l'objet du législateur. Cela dépend toutefois de la précision de l'énoncé de cet objet dans la loi.

J'ai pu constater que, dans le présent pourvoi, la façon dont l'appelant établit l'objet de l'art. 43 revêt à certains égards, l'aspect d'une tautologie. S'il a raison de dire que les termes «qui remplace le père ou la mère» et «enfant» ou les mots «instituteur» et «élève» doivent recevoir des interprétations larges, il s'ensuit qu'un des effets de l'art. 43, et pourquoi pas son objet, serait de protéger les personnes qui exercent des fonctions «parentales» ou «éducatives» au sens large. Mais, puisque l'exactitude de cette conclusion quant à l'objet de l'art. 43 *dépend* de l'exactitude des définitions «larges» que M. Ogg-Moss donne aux termes qui y figurent, je ne vois pas comment on peut alors invoquer cet objet à l'appui de ces mêmes définitions. Certes, il semble incontestable que l'objet de l'art. 43 et le sens de ses termes sont étroitement reliés, mais il en résulte que l'un ne peut être déduit d'une définition *a priori* de l'autre. Une définition abstraite de l'objet hypothétique de l'art. 43 ne saurait donc constituer un point de départ approprié pour un examen du sens de ses termes.

A better starting point, in my view, is not the purpose of s. 43 but its effects. While a confident conclusion as to the purpose of s. 43 must await an accurate assessment of the meaning of its terms, the overall effects of that section are clear, no matter how its terms are defined. It exculpates the use of what would otherwise be criminal force by one group of persons against another. It protects the first group of persons, but, it should be noted, at the same time it removes the protection of the criminal law from the second. For the Attorney General of Ontario this latter effect justifies a restrictive reading of s. 43, specifically of the terms "child" and "pupil". It is his submission that:

... the class of persons against whom otherwise criminal force can be employed ought to be restricted, not broadened, and ... any section which authorizes otherwise illegal physical violence should be strictly construed against the actor.

There is much to be said in favour of this submission. As a statement of general principle it accords with our normal assumptions about the purpose and operation of the criminal law. One of the key rights in our society is the individual's right to be free from unconsented invasions on his or her physical security or dignity and it is a central purpose of the criminal law to protect members of society from such invasions. I agree with the Attorney General that any derogation from this right and this protection ought to be strictly construed. Where the effect of such a purported derogation is to deprive a specific individual or group of the equal protection we normally assume is offered by the criminal law, I think it appropriate to view the proffered definition with suspicion and to insist on a demonstration of the logic and rationale of the interpretation.

Finally, on this point, it should be noted that s. 43 is not necessary for the protection of persons using physical force in response to violent or dangerous behaviour or in the course of approved treatment. The former situations are already covered by, *inter alia*, ss. 34, 35, 37, 38, 39 and 41 of

À mon avis, il vaut mieux commencer par une étude non pas de l'objet de l'art. 43 mais de ses effets. Bien qu'il soit impossible de se prononcer avec certitude sur l'objet de l'art. 43 avant d'être fixé sur le sens de ses termes, les effets généraux de cet article sont clairs, peu importe les définitions que peuvent recevoir lesdits termes. En effet, l'art. 43 légitime l'emploi par un groupe de personnes à l'endroit d'un autre d'une force qui serait autrement criminelle. L'article 43 protège le premier groupe de personnes, mais en même temps, rappelons-le, il enlève au second groupe la protection du droit criminel. Selon le procureur général de l'Ontario, ce dernier effet justifie une interprétation restrictive de l'art. 43 et plus précisément des termes «enfant» et «élève». Le procureur général de l'Ontario fait valoir que:

[TRADUCTION] ... il faut restreindre et non pas élargir la catégorie des personnes contre lesquelles peut être exercée une force par ailleurs criminelle et ... tout article qui autorise l'emploi d'une violence physique par ailleurs illégale doit recevoir une interprétation stricte à l'encontre de l'auteur.

Il y a beaucoup à dire en faveur de cet argument. En tant que déclaration de principe général, il concorde avec nos présomptions normales à l'égard de l'objet et de l'application du droit criminel. Un des droits fondamentaux dans notre société est qu'on ne saurait porter atteinte à la sécurité physique ou à la dignité d'une personne sans son consentement et l'un des buts principaux du droit criminel est de protéger les membres de la société contre de telles atteintes. Je partage l'avis du procureur général que toute dérogation à ce droit et à cette protection doit recevoir une interprétation stricte. Lorsque la dérogation a pour effet d'ôter à une personne ou à un groupe donné la protection que d'après ce qu'on considère normal, le droit criminel offre également à tous, j'estime qu'il faut se méfier de la définition proposée et exiger qu'on démontre la logique et le fondement rationnel de l'interprétation.

Pour terminer notre analyse de ce point, il faut remarquer que l'art. 43 n'est pas nécessaire pour assurer la protection des personnes qui ont recours à la force physique face à une conduite violente ou dangereuse ou dans le cadre d'un traitement approuvé. Les deux premiers cas sont déjà notam-

the *Criminal Code*. The latter are dealt with by provincial legislation such as the *Developmental Services Act*, *supra*, and the *Mental Health Act*, R.S.O. 1980, c. 262, and by regulations promulgated thereunder, as well as by the common law. Section 43 only applies to "correctional" force unrelated to treatment or to the protection of self or others.

V Is a mentally retarded adult a "child" for purposes of s. 43?

Why in law or in policy should the word "child" be given a definition which would make a mentally retarded person over 21 subject to blows which, if directed at a mentally normal 21-year old, would constitute an assault? In my view the proposition that a person in Mr. Henderson's position is a "child", within the meaning of s. 43, is refuted by the history of s. 43 and its common law antecedents and by the very "functional" analysis through which the proposition is articulated.

(a) "*Child*" in s. 43 and its common law antecedents

Both in common parlance and as a legal concept the term "child" has two primary meanings. One refers to chronological age and is the converse of the term "adult"; the other refers to lineage and is the reciprocal of the term "parent". A child in the first sense was defined at common law as a person under the age of fourteen. This definition may be modified by statutory provision: see, for example, the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, s. 19(1); the *Children's Institutions Act*, R.S.O. 1980, c. 67, s. 1(c) and the *Children's Residential Services Act*, R.S.O. 1980, c. 71, s. 1(b). No statutory modification, however, fixes an age higher than the age of majority which, in Ontario, pursuant to the *Age of Majority and Accountability Act*, R.S.O. 1980, c. 7, s. 1(1), is 18 years. A child in the second sense was defined at common law as the legitimate offspring of a parent, but in most jurisdictions this definition has been amended by statute to constitute all offspring, whether legitimate or not, as the "children" of their natural

ment visés par les art. 34, 35, 37, 38, 39 et 41 du *Code criminel*. Quant à la seconde situation, elle relève de lois provinciales telles que la *Developmental Services Act*, précitée, et la *Loi sur la santé mentale*, L.R.O. 1980, chap. 262, de leurs règlements d'application et aussi de la *common law*. L'article 43 s'applique uniquement à une force ayant pour objet de «corriger», indépendamment de tout traitement ou de la protection de soi-même ou d'autrui.

V Un adulte arriéré mental est-il un «enfant» aux fins de l'art. 43?

Quelle raison de droit ou de politique générale peut-il y avoir de donner au mot «enfant» une définition qui exposerait une personne arriérée mentale ayant plus de 21 ans à des coups qui, dans le cas d'une personne normale du même âge, constitueraient des voies de fait? À mon avis, l'argument selon lequel une personne comme M. Henderson est un «enfant» au sens de l'art. 43 est réfuté par l'historique de l'art. 43, par ses antécédents en *common law*, ainsi que par l'analyse «fonctionnelle» même qui sert à véhiculer cet argument.

a) Le mot «enfant» dans l'art. 43 et ses antécédents en *common law*

Dans le langage courant et en droit, le terme «enfant» a deux sens principaux. L'un désigne l'âge réel et est le contraire du mot «adulte», tandis que l'autre désigne les liens familiaux et est le pendant du terme «parent». En *common law*, un enfant au premier sens était une personne de moins de quatorze ans. Or, cette définition peut être modifiée par voie législative: voir, par exemple, la *Loi sur le bien-être de l'enfance*, L.R.O. 1980, chap. 66, par. 19(1); la *Children's Institutions Act*, R.S.O. 1980, chap. 67, par. 1c) et la *Loi sur les foyers pour enfants*, L.R.O. 1980, chap. 71, al. 1b). Dans aucun cas, toutefois, cette limite n'est-elle supérieure à l'âge de la majorité qu'en Ontario la *Loi sur la majorité et la capacité civile*, L.R.O. 1980, chap. 7, par. 1(1), fixe à 18 ans. Un enfant au second sens était défini en *common law* comme la progéniture légitime d'un père ou d'une mère, mais, dans la plupart des ressorts, on a adopté des lois modifiant cette définition de manière que toute progéniture, légitime ou non, figure au nombre des

or adoptive parents: see, for example, the *Children's Law Reform Act*, R.S.O. 1980, c. 68, s. 1.

As I have indicated, according to the appellant there is a third meaning for the term "child" which focusses on the "childishness" or "childlike" behaviour of the person to whom it applies. To my knowledge this definition of child has no equivalent as a legal concept, nor—unless it succeed in the current case—has it ever successfully been urged to interpret a statutory provision. Certainly it is not the meaning of the term child in the common law antecedents of s. 43.

Like s. 43, the common law recognized a right of certain persons to use force in the correction of a "child". The "child" referred to was a child in the sense *both* of chronology and of lineage. This is how Blackstone in his *Commentaries on the Laws of England*, Book I, chap. 16, described the common law right:

The power of a parent by our English laws is much more moderate [than that of the *paterfamilias* in Roman law]; but still sufficient to keep the child in order and obedience. He may lawfully correct his child being under age, in a reasonable manner; for this is for the benefit of his education . . . He may also delegate part of his parental authority, during his life, to the tutor or schoolmaster of his child; who is then *in loco parentis* [in the place of a parent], and has such a portion of the power of the parent committed to his charge, *viz.* that of restraint and correction, as may be necessary to answer the purposes for which he is employed.

(Emphasis added.)

I shall have occasion to return to this quote, but the underlined portion clearly indicates that the power to chastise was, at least at common law, the power of a parent (specifically the father) or of his direct delegate, to discipline his offspring *until the age of majority*. Blackstone is explicit on this point:

The legal power of a father (for a mother, as such, is entitled to no power, but only to reverence and respect)

«enfants» de ses parents naturels ou adoptifs: voir par exemple, la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*, L.R.O. 1980, chap. 68, art. 1.

Comme je l'ai déjà indiqué, l'appelant donne au terme «enfant» un troisième sens qui se concentre sur la «puérilité» ou le comportement «infantile» de la personne visée. À ma connaissance, cette définition d'enfant ne correspond à aucune notion juridique et, sauf si elle est retenue en l'espèce, jamais elle n'a été invoquée avec succès aux fins de l'interprétation d'une disposition législative. Chose certaine, le mot «enfant» n'avait pas ce sens en *common law* dans les antécédents de l'art. 43.

Tout comme l'art. 43, la *common law* reconnaissait à certaines personnes le droit d'avoir recours à la force pour corriger un «enfant». Il s'agissait là d'un «enfant» à la fois selon l'âge réel et selon les liens familiaux. Dans l'ouvrage de Blackstone*, *Commentaries on the Laws of England*, livre 1, chap. 16, le droit conféré par la *common law* est formulé en ces termes:

Les lois anglaises donnent au père un pouvoir bien plus modéré [que celui du *paterfamilias* en droit romain], suffisant néanmoins pour contenir son enfant dans l'ordre et dans l'obéissance. Elles lui permettent de corriger raisonnablement son fils mineur, cette correction ayant pour but le bien de l'éducation de l'enfant . . . Il peut aussi, pendant sa vie, déléguer une partie de l'autorité paternelle au [précepteur] ou au maître d'école de son fils, lequel est alors *in loco parentis* [à la place des parents] et reçoit du père cette partie de son pouvoir, qui consiste à réprimer et à corriger autant qu'il est nécessaire pour remplir la tâche dont il est chargé.

(C'est moi qui souligne.)

J'aurai l'occasion de revenir à cette citation; signalons toutefois ici qu'il ressort nettement de la partie soulignée que le pouvoir de châtier, du moins en *common law*, était le pouvoir des parents (particulièrement du père) ou de la personne déléguée directement par eux, de discipliner leur enfant *jusqu'à ce que celui-ci atteigne la majorité*. Blackstone est explicite sur ce point:

Le pouvoir légal du père sur la personne de son enfant (car la mère n'a d'autre droit, à raison de ce titre, qu'au

* N.D.T.: Version française par N. M. Chompré, *Commentaires sur les lois anglaises*, t. 2, Paris, 1822.

the power of a father, I say, over the persons of his children ceases at the age of twenty one: . . .

I have no doubt, therefore, that at common law no chronological adult, no matter how "childish" or "childlike", was subject to corporal correction from his father or his father's delegate. History does not support the appellant's interpretation.

Given the seemingly clear restriction of the common law right of correction to a "child" under the age of majority, it seems highly unlikely that the framers of the *Criminal Code* used this same word to render a wider class of persons subject to such correction. This impression is reinforced by the fact that when a "child" is referred to elsewhere in the *Code* either explicitly or by implication, it *always* refers to a person chronologically younger than the age of majority: see ss. 3, 140, 146, 168(3) and 197. It should also be noted that when the *Code* does wish to refer to a person with a mental handicap it does so not metaphorically as a "child" or by reference to his purportedly "child-like" or "childish" characteristics, but rather directly, if somewhat bluntly, as a "feeble-minded person" or "an idiot" or "imbecile" or simply "insane". See, for example, ss. 2, 158(2)(b)(ii). Although somewhat disturbing to modern sensibilities the terms "feeble-minded", "idiot" and "imbecile" are, in fact, the legal equivalents to the current concepts of "mentally retarded" or "developmentally handicapped". Had the *Criminal Code* intended to include mentally retarded adults in the category of person subject to corporal punishment, these are the terms it would have used, not "child".

(b) *The "functional" reading of "child"*

The foregoing factors of history and statutory construction make the appellant's proposed interpretation highly unlikely. Beyond them, the skepticism which would in any event be the proper judicial response to the appellant's proposed extension of the category of persons the common law made subject to corporal correction is in no way allayed even by his "functional" reading of the

aspect et aux égards de ses enfants) cesse quand ils atteignent l'âge de 21 ans: . . .

Je n'ai donc aucun doute qu'en *common law*, une personne qui était adulte selon son âge réel, si puérile ou « infantile » fût-elle, n'était pas exposée à un châtiment corporel ni de la part de son père ni de la part du délégué de celui-ci. L'interprétation de l'appelant est dénuée de tout fondement historique.

Puisque, en *common law*, le droit de corriger semble clairement se limiter à un « enfant » mineur, il est fort peu probable que les rédacteurs du *Code criminel* aient utilisé ce même mot pour désigner une catégorie plus large de personnes pouvant être ainsi corrigées. Cela est confirmé d'ailleurs par le fait que lorsque ailleurs dans le *Code*, on fait référence au mot « enfant », soit explicitement soit par déduction nécessaire, il s'agit *toujours* d'un mineur: voir les art. 3, 140, 146, le par. 168(3) et l'art. 197. Il convient de noter aussi que, lorsqu'il traite des handicapés mentaux, le *Code* n'emploie pas de métaphores comme « enfant » ni ne mentionne les traits dits « puérils » ou « infantiles » de la personne en question, mais parle directement, bien qu'avec un certain manque de délicatesse, d'une personne « d'esprit faible », « simple d'esprit », « idiote », « imbécile » ou simplement « aliénée ». Voir, par exemple, l'art. 2 et le sous-al. 158(2)(b)(ii). Bien que les termes « d'esprit faible », « simple d'esprit », « idiot » et « imbécile » aient de nos jours quelque chose de choquant, ils sont en fait les équivalents juridiques des concepts actuels d'« arriéré mental » ou d'« handicapé mental ». Si le *Code criminel* avait voulu inclure dans la catégorie des personnes pouvant être punies corporellement les adultes arriérés mentaux, ce sont les termes qu'il aurait employés, et non le mot « enfant ».

b) *L'interprétation « fonctionnelle » du mot « enfant »*

Les facteurs historiques ainsi que ceux relatifs à l'interprétation des lois énumérés précédemment rendent l'interprétation proposée par l'appelant tout au plus invraisemblable. Au-delà de ces facteurs, son interprétation « fonctionnelle » du mot « enfant » ne dissipe aucunement le scepticisme que, de toute façon, les tribunaux manifesteraient à l'égard de ce titre d'ailleurs face à la proposition de l'appelant.

term "child". The single basis cited by Mr. Ogg-Moss for his metaphorical reading of the word "child" is the purported correspondence between the dependency on a parenting figure by a severely retarded adult and by a "child". Beyond this single asserted correspondence, there are no submissions that would support a conclusion as to the "childish" or "childlike" nature of mentally retarded persons; nor do I believe that any such arguments could be successfully maintained. Certainly the description in the record of Mr. Henderson's condition affords no support for such an argument. Incapacity for speech, "headbanging" and inability to recall incidents for more than a few minutes are signs of severe physiological affliction. They do not correspond to any recognizable image of childhood. I agree with the Attorney General for Ontario that there is a qualitative difference between "immaturity", "childishness" or "childlike" behaviour and the behaviour of a mentally retarded adult, especially as in the present case, of a severely retarded adult.

A further important consideration is that chronological childhood is a transitory phase, and for a child in the chronological sense the suspension of the criminal law's protection against certain kinds of assault is a temporary phenomenon. For the mentally retarded person the definition of "childhood" proposed by the appellant is a life sentence and the consequent attenuation of his right to dignity and physical security is permanent. I cannot believe that it is the intention of the *Criminal Code* to create such a category of permanent second-class citizens on the basis of a mental or physical handicap.

If mentally retarded adults are to be considered "children" solely on the basis of their dependency on a "parenting" figure, it is difficult to see how the category of "children" would be limited to the mentally retarded. Essentially the same argument could be made with regard to the functional relationship between sufferers from senility or other cognitive disorder, or perhaps even stroke victims or other invalids, and those who take care of them.

lant d'étendre la catégorie de personnes à l'égard desquelles la *common law* autorisait le recours au châtement corporel. M. Ogg-Moss donne comme unique fondement de la valeur métaphorique qu'il attribue au mot «enfant» la correspondance qui existerait entre l'état de dépendance d'un adulte sévèrement arriéré et celui d'un «enfant». À part cette seule affirmation de correspondance, aucun autre argument n'appuie une conclusion sur la nature «puérile» et «infantile» des personnes arriérées mentales; je crois d'ailleurs que tout argument de ce genre serait insoutenable. La description de l'état de M. Henderson qu'on trouve dans le dossier n'appuie certainement pas ce type d'argument. L'incapacité de parler, la «crouomanie» et l'impuissance à se souvenir d'un incident quelques minutes après qu'il est survenu sont des signes de graves troubles physiologiques. Ils ne correspondent à aucune conception reconnaissable de l'enfance. D'accord avec le procureur général de l'Ontario, j'estime qu'il y a une différence qualitative entre «l'immaturité», «la puérilité» ou «l'infantilisme» et le comportement d'un adulte arriéré mental, particulièrement dans un cas de déficience grave comme celui qui se présente en l'espèce.

Il importe aussi de retenir que l'enfance au sens propre est transitoire et que ce n'est qu'à titre temporaire qu'un enfant selon son âge réel est privé de la protection du droit criminel contre certains types de voies de fait. Pour l'arriéré mental, la définition du mot «enfance» proposée par l'appellant équivaut à une condamnation à vie qui entraîne une restriction permanente de son droit à la dignité et à la sécurité physique. Je ne puis croire que le *Code criminel* envisage la création d'une catégorie de citoyens de deuxième classe permanente en raison d'un handicap mental ou physique.

Si les adultes arriérés mentaux doivent être considérés comme des «enfants» simplement parce qu'ils dépendent d'une personne qui «fait fonction de parents», on voit mal comment la catégorie des «enfants» se limiterait aux arriérés mentaux. On pourrait invoquer sensiblement le même argument en ce qui concerne les rapports fonctionnels entre les personnes atteintes de sénilité ou d'autres troubles des facultés cognitives, ou peut-être même les

If an inability to tend to one's basic needs, or an inability, because of one's mental state, to function unassisted in society, are indices of "childishness", then the category of adults subject to correction is a very broad one indeed. I do not believe that a functional analysis of childlike dependency is appropriate in these latter cases and for similar reasons I cannot accept it with regard to mentally retarded adults.

A mentally retarded adult is not a child in fact, nor for purposes of the law in general, nor for purposes of s. 43 of the *Criminal Code* in particular.

VI Is a Mental Retardation Counsellor a "Person Standing in the Place of a Parent" to a Mentally Retarded Person under His Charge?

Section 43 only authorizes a "person standing in the place of a parent" to use force by way of correction of a *child*. Since I have concluded that a mentally-retarded adult is not a "child", it must follow that even if an M.R.C. were a person standing in the place of a parent, he would not be authorized to use force to correct a mentally retarded adult like Mr. Henderson. Even if I were wrong, however, and a mentally retarded adult *could* be a "child" for purposes of s. 43, I would nevertheless hold that an M.R.C. in the position of Mr. Ogg-Moss is not a "person standing in the place of a parent" within the meaning of that section.

At common law the power to use force for the correction of a child was vested in the child's parents (originally the father). Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Book I, chap. 16, saw it as one of the parental *rights* which were the correlatives of the parental *duties* of support, education and protection. As the passage quoted earlier indicates, this right was conceptualized as an aid in discharging the parental duty of education and could be delegated by the parent to a schoolmaster.

victimes d'apoplexie ou les autres invalides, et ceux qui en prennent soin. Si une incapacité de pourvoir à ses besoins fondamentaux ou une incapacité, en raison de son état mental, de fonctionner de manière indépendante dans la société sont des indices d'«infantilisme», alors la catégorie des adultes exposés au châtement corporel est vraiment très vaste. À mon avis, une analyse fonctionnelle d'une dépendance infantile n'est pas appropriée dans les cas que je viens de mentionner et, pour des motifs semblables, je ne peux l'accepter dans le cas des adultes arriérés mentaux.

Un adulte arriéré mental n'est un enfant ni en fait, ni aux fins de la loi en général, ni aux fins de l'art. 43 du *Code criminel* en particulier.

VI Un conseiller en déficience mentale est-il une «personne qui remplace le père ou la mère» d'une personne arriérée mentale confiée à ses soins?

Aux termes de l'art. 43, seule une «personne qui remplace le père ou la mère» peut employer la force pour corriger un *enfant*. Vu ma conclusion qu'un adulte arriéré mental n'est pas un «enfant», il s'ensuit inévitablement que, même si un C.D.M. était une personne qui remplaçait le père ou la mère, il ne serait pas autorisé à recourir à la force pour corriger un adulte arriéré mental comme M. Henderson. À supposer toutefois que j'aie tort et qu'un adulte arriéré mental *puisse* être un «enfant» aux fins de l'art. 43, cela ne m'empêcherait pas de conclure qu'un C.D.M. dans la situation de M. Ogg-Moss n'est pas une «personne qui remplace le père ou la mère» au sens dudit article.

En *common law*, le pouvoir d'employer la force pour corriger un enfant était détenu par les parents (au début, par le père seulement). Dans les *Commentaries on the Laws of England*, livre I, chap. 16, Blackstone écrit que ce pouvoir fait partie des *droits* parentaux qui correspondent aux *obligations* parentales d'entretien, d'éducation et de protection. Comme nous avons pu le constater dans le passage cité antérieurement, ce droit était conçu comme une façon d'aider les parents à s'acquitter de leur obligation d'éducation et était susceptible de délégation à un maître d'école.

It follows, then, that at common law there are two ways in which a person could put himself "in the place of a parent". The first is to assume, in the absence or default of the natural parents, the parental duties that give rise to parental rights. The second is to have that right delegated to one by the natural parent.

The first way of assuming the place of a parent is consonant with the well-known line of cases defining the legal meaning of the term *in loco parentis* or "in the place of a parent". The *locus classicus* is the decision of Jessel M.R. in *Bennet v. Bennet* (1879), 10 Ch. D. 474 (which was itself based on the decisions of Lord Eldon in *Ex parte Pye* (1811), 18 Ves. 140 and Lord Cottenham, in *Powys v. Mansfield* (1837), 3 My. & Cr. 359) wherein Jessel M.R. held at pp. 477-78:

... a person *in loco parentis* means a person taking upon himself the duty of a father of a child to make a provision for that child.

In the case of a person *in loco parentis* you must prove that he took upon himself the obligation.

This line of cases has been applied in Canada, *inter alia*, in *Mitchell v. City of Toronto* (1921), 64 D.L.R. 569 (Ont. C.A.) and *Shtitz v. C.N.R.*, [1927] 1 D.L.R. 951 (Sask. C.A.) and in the United States, *inter alia*, in *Fuller v. Fuller*, 418 F. 2d 1189 (C.A.D.C. 1969), and in *Busillo v. Hetzel*, 374 N.E. 2d 1090 (Ill. App. 1978). These decisions have stressed the central necessity of taking upon oneself responsibility for the child's financial support in order to fall within the definition of a "person standing in the place of a parent". See, for example, the passage from the judgment of Turgeon J.A. in the *Shtitz* case, at p. 959:

A person *in loco parentis* to a child is one who has acted so as to evidence his intention of placing himself towards the child in the situation which is ordinarily occupied by the father for the provision of the child's pecuniary wants.

The English cases upon which this definition is based dealt mainly with questions of inheritance, specifically the presumptions of satisfaction and

Il s'ensuit donc qu'en *common law* une personne peut «remplace[r] le père ou la mère» de deux manières. La première consiste à assumer, en l'absence des parents naturels ou lorsque ces derniers négligent de s'en acquitter, les obligations parentales dont découlent les droits parentaux. La seconde est une délégation d'autorité par le parent naturel.

La première manière de remplacer les parents est compatible avec la série de décisions bien connues définissant le sens juridique de l'expression *in loco parentis* ou «qui remplace le père ou la mère». L'arrêt de principe dans ce domaine est *Bennet v. Bennet* (1879), 10 Ch. D. 474 (fondé sur le jugement de lord Eldon *Ex parte Pye* (1811), 18 Ves. 140 et celui de lord Cottenham *Powys v. Mansfield* (1837), 3 My. & Cr. 359). Dans l'arrêt *Bennett*, le maître des rôles Jessel conclut, aux pp. 477 et 478:

[TRADUCTION] ... se trouve *in loco parentis* quiconque prend sur lui l'obligation du père d'un enfant de pourvoir aux besoins de cet enfant.

Dans le cas d'une personne *in loco parentis*, il faut prouver qu'elle a endossé elle-même l'obligation parentale.

Cette série de décisions a été appliquée au Canada notamment dans les arrêts *Mitchell v. City of Toronto* (1921), 64 D.L.R. 569 (C.A. Ont.) et *Shtitz v. C.N.R.*, [1927] 1 D.L.R. 951 (C.A. Sask.) et, aux États-Unis, dans les arrêts *Fuller v. Fuller*, 418 F. 2d 1189 (C.A.D.C. 1969), et *Busillo v. Hetzel*, 374 N.E. 2d 1090 (Ill. App. 1978), pour ne nommer que celles-là. Ces décisions soulignent que la prise en charge pécuniaire de l'enfant est primordiale si l'on veut être qualifié de «personne qui remplace le père ou la mère». Voir, par exemple, le passage suivant tiré des motifs du juge Turgeon de la Cour d'appel dans l'arrêt *Shtitz*, à la p. 959:

[TRADUCTION] Une personne *in loco parentis* par rapport à un enfant est quelqu'un dont les actes traduisent son intention de jouer, à l'égard de l'enfant, le rôle normalement réservé au père, qui consiste à répondre aux besoins pécuniaires de l'enfant.

La jurisprudence anglaise sur laquelle cette définition se fonde porte surtout sur des questions successorales, plus précisément sur les présomptions

ademption in equity. The definition is also relevant, however, to the question of whether the functions a person discharges *vis-à-vis* a child are sufficiently similar to those of a parent to entitle him to use force in the correction of a child.

The *Bennet v. Bennet* definition was applied implicitly in *R. v. Woods* (1921), 85 J.P. 272. In that case Avory J. rejected the claim that an elder brother was *in loco parentis* for purposes of correction, on the ground that once the children's father had returned from the war the elder brother could no longer be said to be taking his place. It was applied explicitly and in a manner directly relevant to the current appeal, in *North Carolina v. Pittard*, 263 S.E. 2d 809 (N.C. App. 1980). In that case a day-care worker had claimed the right to use force in the correction of a child by virtue of the similarity of her functions in caring for the child and those of a parent. Wells J., speaking for the Court, rejected this claim at p. 811:

The relationship of *in loco parentis* does not arise from the mere placing of a child in the temporary care of other persons by a parent or guardian of such child. The relationship is established only when the person with whom the child is placed intends to assume the status of a parent—by taking on obligations incidental to the parental relationships particularly that of support and maintenance.

(Emphasis added.)

See also, to the same effect, *Martin v. United States*, 452 A. 2d 360 (D.C. App. 1982).

I agree with these conclusions. Insofar as Mr. Ogg-Moss's claim to status of a "person standing in the place of a parent" for purposes of using force by way of correction rests on the similarity between the functions of an M.R.C. and of a parent, it cannot succeed. The parent's power of correction arises from his assumption of *all* the obligations of parenthood. A person does not step into the place of a parent for purposes of assuming this power unless he also assumes all these obliga-

d'acquiescement en *equity* et de révocation implicite. Toutefois, la définition est pertinente aussi relativement à la question de savoir si les fonctions qu'une personne remplit à l'égard d'un enfant ont suffisamment de ressemblance avec celles des parents pour qu'elle puisse employer la force pour corriger cet enfant.

La définition formulée dans l'arrêt *Bennet v. Bennet* a été appliquée implicitement dans *R. v. Woods* (1921), 85 J.P. 272. Dans cette affaire, le juge Avory a rejeté l'argument selon lequel, aux fins des châtements, un frère aîné se trouvait *in loco parentis* parce que, dès le retour du père des enfants après la guerre, on ne pouvait plus prétendre que le frère aîné le remplaçait. Dans l'arrêt *North Carolina v. Pittard*, 263 S.E. 2d 809 (N.C. App. 1980), on a appliqué la définition directement et d'une manière qui touche au cœur de ce pourvoi. Il s'agissait là d'une personne qui travaillait dans une garderie et qui prétendait avoir le droit d'employer la force pour corriger un enfant en raison de la ressemblance de ses fonctions, qui consistaient à prendre soin de l'enfant, avec celles des parents. Se prononçant au nom de la Cour, le juge Wells a repoussé cet argument, à la p. 811:

[TRADUCTION] Une personne ne se trouve pas *in loco parentis* du simple fait que les parents ou le tuteur d'un enfant le confient temporairement à sa garde. Ce rapport n'existe que dans le cas où la personne qui reçoit la garde de l'enfant entend agir en qualité de père ou de mère en prenant sur elle des obligations propres aux parents, particulièrement en matière d'entretien.

(C'est moi qui souligne.)

Voir aussi, l'arrêt *Martin v. United States*, 452 A. 2d 360 (D.C. App. 1982), qui va dans le même sens.

Je souscris à ces conclusions. Dans la mesure où M. Ogg-Moss invoque la ressemblance entre les fonctions d'un C.D.M. et celles des parents pour appuyer sa revendication du statut de «personne qui remplace le père ou la mère» aux fins de l'emploi de la force pour corriger, il ne peut pas réussir. Le pouvoir qu'ont les parents de corriger découle de ce qu'ils prennent en charge *toutes* les obligations qui leur incombent en cette qualité. On ne peut prétendre exercer ce pouvoir à la place des

tions. Not only does an M.R.C. have no responsibility for the pecuniary needs of the children under his temporary care, those "parental" responsibilities which he does exercise are exercised under the direction and supervision of the Minister and the senior professional staff designated by the Regulations under the *Developmental Services Act*, *supra*. He does not, by exercising these limited responsibilities become in the relevant sense, a "person standing in the place of a parent".

Even if a person does not stand "in the place of a parent" in the *Bennet v. Bennet* sense, there still remains the second way of assuming this position, that of delegation. Flanigan Co. Ct. J. found that Mr. Ogg-Moss stood *in loco parentis* to Mr. Henderson "as an agent of the Minister and an employee of the Department". With respect, I cannot agree. As the decision in *Pittard*, *supra*, clearly indicates, delegation cannot simply be inferred from the fact of placing a child in the care of another. I am willing to assume that Mr. Henderson's admission in early childhood to the Rideau Regional Centre as a voluntary patient with parental consent implies a delegation of parental powers in favour of the Minister. This, however, is not enough. For Mr. Ogg-Moss to succeed, the power must then have moved from the Minister to Mr. Ogg-Moss. On this latter point, the record in the present case goes beyond a simple absence of evidence of sub-delegation to positive evidence of non-delegation in the form of the prohibition in Personnel Directive Number M.R. 17 forbidding the striking of any resident for any reason whatsoever. Mr. Ogg-Moss was *not* a delegate of the Minister for purposes of exercising any right of correction that may have been delegated to the Minister; nor, as a consequence of his certification that he read and understood this directive, could he assert that he mistakenly thought that he was.

I conclude that even if a person in the position of Mr. Henderson were a child for purposes of

parents sans endosser l'ensemble des obligations parentales. Non seulement le C.D.M. n'est-t-il pas tenu de pourvoir aux besoins pécuniaires des enfants confiés temporairement à ses soins, mais, lorsqu'il s'acquitte de certaines responsabilités «parentales», il le fait sous la direction et la surveillance du Ministre et du personnel professionnel supérieur désigné par le règlement d'application de la *Developmental Services Act*, précitée. Il ne devient pas, en s'acquittant de ces responsabilités limitées une «personne qui remplace le père ou la mère» au sens qui nous intéresse en l'espèce.

Toutefois, même si une personne n'est pas quelqu'un qui «remplace le père ou la mère» selon la définition donnée dans l'arrêt *Bennet v. Bennet*, il reste encore la seconde façon d'accéder à ce statut, savoir la délégation. Le juge Flanigan de la Cour de comté a conclu que M. Ogg-Moss, [TRADUCTION] «en sa qualité de mandataire du Ministre et d'employé du ministère», était *in loco parentis* à l'égard de M. Henderson. Avec égards, je ne suis pas d'accord. Il ressort nettement de l'arrêt *Pittard*, précité, que le simple fait qu'un enfant soit confié aux soins d'une autre personne ne justifie pas une conclusion qu'il y a eu délégation. Je suis prêt à tenir pour acquis que l'admission de M. Henderson, avec le consentement de ses parents, au Centre régional Rideau à titre de patient volontaire alors qu'il était un enfant en bas âge implique une délégation de l'autorité parentale en faveur du Ministre. Cela n'est toutefois pas suffisant. Pour que M. Ogg-Moss puisse avoir gain de cause, il faut que cette autorité soit ensuite dévolue du Ministre à lui. Sur ce point, loin d'être muet, le dossier en l'espèce va plus loin que l'absence de preuve de sous-délégation, il contient une preuve tangible de non-délégation sous la forme de la directive M.R. 17 à l'intention du personnel, qui interdit de frapper un patient pour quelque raison que ce soit. Aux fins de l'exercice du droit de corriger qui a pu être délégué au Ministre, M. Ogg-Moss n'était *pas* le délégué de celui-ci; de plus, ayant certifié qu'il avait lu et compris la directive, M. Ogg-Moss ne peut affirmer qu'il croyait en l'existence d'une délégation.

Je conclus que, même si une personne dans la situation de M. Henderson était un enfant aux fins

s. 43, an M.R.C. in the position of Mr. Ogg-Moss would not be a "person standing in the place of a parent" within the meaning of the section.

VII Is the Relationship between a Mental Retardation Counsellor and a Mentally Retarded Adult under his Care that of "Schoolteacher" and "Pupil"?

(a) "Pupil"

The same considerations apply to the definition of "pupil" for the purposes of s. 43 as to the definition of "child".

Blackstone, in the passage quoted earlier, makes it clear that at common law the schoolmaster's right of corporal correction only applied to a chronological child under his charge. He speaks of a parent's power to correct his underage child being delegated to the "tutor or schoolmaster of his child". A similar connotation of childhood attaches to the word "pupil" used in s. 43, which, unlike the more neutral "student", has overtones of immaturity or youthfulness. Were this not so, and were the s. 43 relationship between "schoolmaster" and "pupil" to be read as authorizing corporal correction by anyone teaching something to someone else, then anyone, no matter what his age or his mental competence, would be vulnerable to corporal correction anytime he sought instruction in any field. This would be ludicrous. It is clear that whatever else it may mean, the term "pupil" as used in s. 43 must be limited, as it was at common law, to a child taking instruction.

Since I have already concluded that a mentally retarded adult is not a child for purposes of s. 43, it follows that he is also not a "pupil" within the meaning of that section.

(b) "Schoolteacher"

Because Mr. Henderson is not a "pupil" Mr. Ogg-Moss's claim to protection by virtue of his status as "schoolteacher" would fail in any event. It also fails because an M.R.C. is *not* a schoolteacher.

le l'art. 43, un C.D.M. comme M. Ogg-Moss ne était pas une «personne qui remplace le père ou la mère» au sens de ce même article.

/II Le rapport entre un conseiller en déficience mentale et un adulte arriéré mental confié à ses soins est-il celui qui existe entre un «instituteur» et un «élève»?

a) «Élève»

Ce qui a été dit concernant la définition du mot enfant» s'applique aussi à la définition du mot élève» aux fins de l'art. 43.

Blackstone, dans le passage cité antérieurement, signale clairement qu'en *common law* le droit du maître d'école d'infliger un châtiment corporel pouvait s'exercer uniquement à l'égard d'un enfant au sens propre confié à sa garde. Il parle de la délégation «au [précepteur] ou au maître d'école de son fils» mineur du pouvoir du père de corriger le dernier. Le mot «élève» employé à l'art. 43 évoque l'enfance et, à la différence du terme «étudiant» qui est plus neutre, suggère l'immaturité ou la jeunesse. S'il n'en était pas ainsi, et si on interprétait le rapport qu'établit l'art. 43 entre un instituteur et un «élève» de manière à autoriser toute personne qui enseigne quelque chose à quelqu'un à avoir recours au châtiment corporel, alors quiconque cherche à s'instruire dans un domaine déterminé, indépendamment de son âge ou de sa capacité mentale, s'exposerait à ce genre de correction. Cela serait absurde. Quel que puisse être le sens du terme «élève» employé à l'art. 43, il est évident que sa portée doit être limitée, comme l'était d'ailleurs le cas en *common law*, à un enfant qui reçoit de l'instruction.

J'ai déjà conclu qu'un adulte arriéré mental n'est pas un enfant aux fins de l'art. 43; il s'ensuit donc qu'il n'est pas non plus un «élève» au sens de cet article.

b) «Instituteur»

De toute façon, puisque M. Henderson n'est pas un «élève», c'est en vain que M. Ogg-Moss invoquerait une protection fondée sur sa qualité d'«instituteur». D'autre part, une telle revendication de protection serait rejetée parce qu'un C.D.M. n'est pas un instituteur.

Like its reciprocal term "pupil" which is narrower than the term "student", the term "schoolteacher" is narrower than the terms "teacher" or "instructor". Generally, it refers to a person who gives formal instruction in a children's school. I would in any event have doubt as to whether an M.R.C. could fall even within the wider definition of "teacher", since his functions are those of personal care and not, in any meaningful sense, of "teaching". *A fortiori* an M.R.C. cannot fall within the more restrictive definition of "schoolteacher". Mental Retardation Counsellors are neither qualified nor licensed as schoolteachers. Such "educational" responsibilities as they do possess (Mr. Ogg-Moss's claim rests on the fact that he was "instructing" Mr. Henderson on how to eat with a spoon) have no academic content, and the context in which they are carried out has not even a metaphorical connection with that in which a schoolteacher functions. I think counsel for Mr. Ogg-Moss was well advised at first instance to disclaim any reliance on an M.R.C.'s status as a "schoolteacher". He has none.

VIII Using Force By Way of Correction

Even if all of the above were incorrect and an M.R.C. could be a "schoolteacher" or "person standing in the place of a parent" and a mentally retarded adult could be a "child" or "pupil" within the meaning of s. 43, the appeal would still fail.

Section 43 authorizes the use of force "by way of correction". As Blackstone noted, such "correction" of a child is countenanced by the law because it is "for the benefit of his education". Section 43 is, in other words, a *justification*. It exculpates a parent, schoolteacher or person standing in the place of a parent who uses force in the correction of a child, because it considers such an action not a wrongful, but a *rightful*, one. It follows that unless the force is "by way of correction", that is, for the benefit of the education of the child, the use of force will not be justified.

Tout comme le terme «élève» qui est de portée plus restreinte que le terme «étudiant», le mot «instituteur» a un sens plus restreint que les mots «enseignant» ou «instructeur». D'une manière générale, un instituteur est une personne qui dispense de l'instruction dans une école primaire. De toute façon, je doute qu'un C.D.M. soit compris même dans la portée plus large du terme «enseignant», car ses fonctions consistent à fournir des soins personnels et non pas à «enseigner» au sens ordinaire. Donc, à plus forte raison, un C.D.M. ne peut pas relever de la définition plus restrictive d'«instituteur». Les conseillers en déficience mentale ne sont pas titulaires de brevets d'enseignement ni ne possèdent les compétences requises pour enseigner. M. Ogg-Moss prétend qu'il «instruisait» M. Henderson sur la façon de manger avec une cuillère; or, ces responsabilités «éducatives» qui peuvent incomber aux C.D.M. n'ont rien à voir avec l'enseignement au sens strict et le contexte dans lequel ils remplissent ces responsabilités n'a pas le moindre lien, même métaphorique, avec celui dans lequel oeuvre un instituteur. À mon avis, l'avocat de M. Ogg-Moss a eu raison en première instance de ne pas s'appuyer sur la qualité d'«instituteur» d'un C.D.M. Le C.D.M. n'a pas cette qualité.

VIII L'emploi de la force pour corriger

Même à supposer que tout ce qui précède soit erroné et qu'un C.D.M. soit assimilable à un «instituteur» ou à une «personne qui remplace le père ou la mère» et qu'un adulte arriéré mental soit comparable à un «enfant» ou à un «élève» au sens de l'art. 43, le pourvoi échouerait tout de même.

L'article 43 autorise l'emploi de la force «pour corriger». Comme l'a fait remarquer Blackstone, la loi approuve de tels procédés dans le cas d'un enfant parce que cela est «pour le bien de l'éducation de l'enfant». En d'autres termes, l'art. 43 est une *justification*. Il a pour effet d'innocenter le père ou la mère, un instituteur ou une personne qui remplace le père ou la mère et qui a recours à la force pour corriger un enfant, la raison à cela étant qu'une telle action est considérée non comme mauvaise, mais comme *légitime*. Par conséquent, le recours à la force ne sera pas justifié, à moins que ce ne soit «pour corriger», c'est-à-dire qu'il ne s'inscrive dans le cadre de l'éducation de l'enfant.

An early Canadian illustration of one aspect of this principle is *Mitchell v. Defries* (1846), 2 U.C.Q.B. 430, which dealt with the common law authorization, now no longer in effect, for a "master" to use force in the correction of his "apprentice". The Upper Canada Court of Appeal was clearly correct in refusing to read the term "apprentice" so widely as to include a servant. A "master" had a responsibility for the education of his "apprentice"; an employer had no such responsibility toward his employees.

Where the context does imply an educational responsibility, this same reasoning demands that the person applying the force intended it for "correction", and that the person being "corrected" be capable of learning from the correction. These stipulations are separate and distinct from the additional requirement, essentially a question of fact, that the force used be reasonable in the circumstances.

The first prerequisite, that the force be intended for correction, has been a part of Canadian law since *Brisson v. Lafontaine* (1864), 8 L.C. Jur. 173 (S.C.) In a passage that has been quoted in almost every subsequent case on the right of correction, Loranger J. said at p. 175 that the schoolteacher's power of correction could only be exercised in "the interests of instruction" and that "any punishment ... motivated by arbitrariness, caprice, anger or bad humour constitutes an offence punishable like ordinary offences."

The second prerequisite, referring to the child's capacity, was articulated by Martin B. in *R. v. Griffin* (1869), 11 Cox C.C. 402, at p. 403: "The law as to correction has reference only to a child capable of appreciating correction." In *Griffin*, Martin B. held that a two-and-a-half year old child was not so capable. The English scholar, Professor H. K. Bevan, in his work, *The Law Relating to Children* (1973), has concluded at p. 212, footnote 11, that on this same basis "there would be no right to punish a child who was mentally disordered".

Un vieux précédent canadien traite d'un aspect de ce principe. Il s'agit de l'arrêt *Mitchell v. Defries* (1846), 2 U.C.Q.B. 430, qui porte sur l'autorisation, maintenant désuète, que la *common law* reconnaissait à un «maître» d'utiliser la force pour corriger son «apprenti». C'est manifestement à bon droit que la Cour d'appel du Haut-Canada a refusé de donner au terme «apprenti» une interprétation assez large pour comprendre un domestique. Un «maître» était chargé de l'éducation de son «apprenti», tandis qu'aucune responsabilité de ce genre n'incombait à un employeur à l'égard de ses employés.

Lorsque le contexte permet de conclure à l'existence d'une responsabilité éducative, il faut, suivant ce même raisonnement, que la personne qui recourt à la force le fasse pour «corriger», et que la personne ainsi «corrigée» soit capable d'en tirer une leçon. Ces conditions sont entièrement distinctes de l'exigence supplémentaire, qui est essentiellement une question de fait, que la force utilisée soit raisonnable dans les circonstances.

La première condition, savoir que la force ait pour objet de corriger, est consacrée dans le droit canadien depuis l'arrêt *Brisson v. Lafontaine* (1864), 8 L.C. Jur. 173 (C.S.). Dans un passage qui a été cité dans presque toutes les décisions subséquentes portant sur le droit de corriger, le juge Loranger dit à la p. 175 que le pouvoir de correction d'un instituteur ne pouvait être exercé que dans «l'intérêt de l'instruction» et que «tout châtiment ... motivé par l'arbitraire, le caprice, la colère ou la mauvaise humeur, constitue un délit punissable comme les délits ordinaires».

La seconde condition relative à la capacité mentale de l'enfant est formulée par le baron Martin dans l'arrêt *R. v. Griffin* (1869), 11 Cox C.C. 402, à la p. 403: [TRADUCTION] «Le droit en matière de correction ne vise que les enfants capables de bénéficier d'une correction.» Le baron Martin a conclu que tel n'était pas le cas d'un enfant âgé de deux ans et demi. Dans son ouvrage *The Law Relating to Children* (1973), à la p. 212, note 11, le professeur H.K. Bevan, un spécialiste anglais, conclut que, suivant ce même raisonnement, [TRADUCTION] «il n'existerait pas de droit de punir un enfant qui souffre d'une maladie mentale».

This latter conclusion could, of course, be highly relevant to the present appeal. I find it impossible and unnecessary to decide the correctness of the full breadth of Professor Bevan's categorical statement. There is no evidence before this Court to the effect that mentally retarded children either are or are not, as a class, capable of appreciating correction. I do agree, however, that insofar as a given mentally retarded child is incapable of appreciating correction, s. 43 does not, as a matter of law, justify the use of force by a person standing in the place of a parent or by a schoolteacher. In the present case where the record discloses that the person being "corrected" was, to the knowledge of the person applying the force, incapable of remembering the "correction" within minutes of its application, the assault could not, as a matter of law, constitute "using force by way of correction" and the person committing it could not have recourse to s. 43.

IX Conclusion

In my view the Court of Appeal was correct in each of its conclusions. An M.R.C. is neither a "person standing in the place of a parent" nor a "schoolteacher" and a mentally retarded adult under his care, even if "severely" or "profoundly" retarded, is neither a "child" nor a "pupil" within the meaning of s. 43. Section 43 cannot therefore have any application to a case like the present.

I wish to reiterate that this conclusion in no way affects the right of a person in authority to use force to protect himself or others from violent or threatening behaviour. The fact that the person behaving in this violent or threatening manner may be mentally handicapped is irrelevant to this right. My conclusion as to the inapplicability of s. 43 also has no effect on the statutory or common law protection enjoyed by those who apply force in the course of medical treatment for which the proper consent has been obtained.

Since s. 43 does not justify the intentional application of force in a situation like the present, it follows that this use of force constitutes an

Cette dernière conclusion pourrait, évidemment, être très pertinente en l'espèce. Selon moi il est à la fois impossible et superflu de décider de la justesse de cette déclaration catégorique du professeur Bevan prise dans toute son ampleur. On n'a pas établi devant cette Cour si les enfants atteints de déficience mentale sont capables ou non, en tant que catégorie, de profiter d'une correction. J'estime toutefois que, dans la mesure où un enfant arriéré mental est incapable d'en profiter, en droit l'art. 43 ne justifie l'emploi de la force ni par une personne qui remplace le père ou la mère ni par un instituteur. Dans la présente instance, il se dégage du dossier que la personne «corrigée» était, à la connaissance de la personne qui a eu recours à la force, incapable de s'en souvenir à peine quelques minutes après l'administration de la correction; par conséquent, les voies de fait ne pouvaient en droit constituer un emploi de «la force pour corriger» et l'auteur ne peut invoquer l'art. 43.

IX Conclusion

À mon avis, chacune des conclusions de la Cour d'appel est bien fondée. Un C.D.M. n'est ni une «personne qui remplace le père ou la mère» ni un «instituteur». De même, un adulte arriéré mental confié à ses soins, qu'il soit «sévèrement» ou «profondément» arriéré, n'est ni un «enfant» ni un «élève» au sens de l'art. 43. Il s'ensuit donc que l'art. 43 ne s'applique pas dans un cas comme celui qui nous occupe.

Je m'empresse toutefois de répéter que cette conclusion ne porte nullement atteinte au droit d'une personne ayant autorité de recourir à la force pour se protéger elle-même ou pour protéger autrui face à une conduite violente ou menaçante. Le handicap mental de la personne qui agit de la sorte n'a aucun effet sur l'exercice de ce droit. Ma conclusion quant à l'inapplicabilité de l'art. 43 ne compromet pas non plus la protection accordée par la loi ou par la *common law* à ceux qui ont recours à la force dans le cadre d'un traitement médical entrepris en vertu d'un consentement dûment obtenu.

Puisque l'art. 43 n'autorise pas le recours intentionnel à la force dans une situation comme celle qui se présente en l'espèce, il s'ensuit que l'emploi

assault within the meaning of s. 245(1). I make no comment on the gravity of the assault nor on the appropriateness of laying criminal charges. These questions are not before us; as in the case of any other intentional application of force they are matters for prosecutorial judgment and the discretion of the sentencing court. The Court of Appeal did not err in entering a verdict of guilty.

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Ronald L. Doering, Ottawa.

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

de la force en pareil cas constitue des voies de fait visées au par. 245(1). Je m'abstiens de me prononcer sur la gravité des voies de fait et sur l'opportunité de porter des accusations criminelles. Nous ne sommes pas saisis de ces questions; comme dans tout autre cas où il y a recours intentionnel à la force, elles relèvent du bon jugement de la poursuite et du pouvoir discrétionnaire de la cour qui est appelée à fixer la peine. La Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en inscrivant un verdict de culpabilité.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appellant: Ronald L. Doering, Ottawa.

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