

Daniel Matthew Nette *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General for Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. v. NETTE

Neutral citation: 2001 SCC 78.

File No.: 27669.

2001: January 16; 2001: November 15.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Second degree murder — Causation — Charge to jury — Appropriate standard of causation for second degree murder — How applicable standard should be explained to jury — Whether trial judge misdirected jury on standard of causation.

Criminal law — Murder — Causation — Whether same standard of causation applicable to all homicide offences — Whether “substantial cause” standard applies only to first degree murder under s. 231(5) of Criminal Code.

A 95-year-old widow who lived alone was robbed and left bound with electrical wire on her bed with a garment around her head and neck. Sometime during the next 48 hours, she died from asphyxiation. During an RCMP undercover operation, the accused told a police officer that he had been involved in the robbery and death. The accused was charged with first degree murder under s. 231(5) of the *Criminal Code* — murder while committing the offence of unlawful confinement — and tried before a judge and jury. At trial, he claimed that he had fabricated the admission. He testified that he had gone alone to the victim's house only with intent to break and enter, that the back door to the house was open as though someone already had broken into the home, and that he

Daniel Matthew Nette *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. NETTE

Référence neutre : 2001 CSC 78.

N° du greffe : 27669.

2001 : 16 janvier; 2001 : 15 novembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

Droit criminel — Meurtre au deuxième degré — Lien de causalité — Exposé au jury — Critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré — Façon d'expliquer ce critère au jury — Le juge du procès a-t-il donné au jury des directives erronées sur le critère de causalité applicable?

Droit criminel — Meurtre — Lien de causalité — Le critère de causalité applicable est-il le même pour toutes les infractions d'homicide? — Le critère de la « cause substantielle » s'applique-t-il seulement au meurtre au premier degré prévu à l'art. 231(5) du Code criminel?

Une veuve de 95 ans vivant seule a été victime d'un vol puis abandonnée dans son lit après qu'on l'eut ligotée avec un fil électrique et qu'on lui eut enroulé un vêtement autour de la tête et du cou. Elle est morte asphyxiée au cours des 48 heures qui ont suivi. Pendant une opération secrète de la GRC, l'accusé a dit à un policier qu'il avait joué un rôle relativement au vol commis contre la victime et au décès de cette dernière. L'accusé a été inculpé de meurtre au premier degré en vertu du par. 231(5) du *Code criminel* — meurtre commis en perpétrant l'infraction de séquestration — et a subi son procès devant un juge et un jury. Au procès, il a soutenu que son aveu était une pure invention de sa part. Il a témoigné qu'il s'était rendu seul au domicile de la victime dans le seul but de s'y

left after finding the victim already dead in her bedroom. The trial judge charged the jury on manslaughter, second degree murder and first degree murder under s. 231(5) of the *Code*. In response to a request from the jury that he clarify the elements of first degree murder and the “substantial cause” test, the trial judge essentially reiterated his charge. Overall, he charged that the standard of causation for manslaughter and second degree murder was that the accused’s actions must have been “more than a trivial cause” of the victim’s death while, for first degree murder under s. 231(5), the accused’s actions also must have been a “substantial cause” of her death. On two occasions, however, once in the main charge and once in the re-charge, he described the standard of causation for second degree murder as “the slight or trivial cause necessary to find second degree murder” instead of “more than a trivial cause”. The jury found the accused guilty of second degree murder and the Court of Appeal upheld that verdict. The only ground of appeal both before the Court of Appeal and this Court concerned the test of causation applicable to second degree murder.

Held: The appeal should be dismissed. The jury’s verdict of second degree murder is upheld.

Per Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: Responsibility for causing a result, in this case death, must be determined both in fact and in law. Factual causation concerns how the victim came to death in a medical, mechanical, or physical sense and the accused’s contribution. Legal causation concerns the accused’s responsibility in law and is informed by legal considerations such as the wording of the offence and principles of interpretation. These considerations reflect fundamental principles of criminal justice. The inquiry to find legal causation can be expressed as determining whether the result can fairly be said to be imputable to the accused. Although the jury does not engage in a two-part analysis of causation, the charge to the jury should convey the requisite degree of factual and legal causation. The starting point is usually the unlawful act itself. It will rarely be necessary to charge the jury on the standard of causation if the requisite mental element for the offence exists because the *mens rea* requirement usually resolves concerns about

introduire par effraction, que la porte arrière était ouverte comme si quelqu’un s’était déjà introduit dans la maison et qu’il avait quitté les lieux après avoir découvert la victime sans vie dans sa chambre à coucher. Le juge du procès a donné au jury des directives sur l’homicide involontaire coupable, le meurtre au deuxième degré et le meurtre au premier degré prévu au par. 231(5) du *Code*. Pour répondre à une demande du jury visant à obtenir des précisions sur le critère de la « cause substantielle » et les éléments constitutifs du meurtre au premier degré, le juge a essentiellement répété ce qu’il avait dit dans son exposé. Dans l’ensemble, il a expliqué que, selon le critère de causalité applicable à l’homicide involontaire coupable et au meurtre au deuxième degré, les actes de l’accusé devaient avoir « contribué d’une façon plus que négligeable » à la mort de la victime, alors que dans le cas du meurtre au premier degré prévu au par. 231(5), ses actes devaient également constituer une « cause substantielle » de la mort de la victime. Cependant, à deux reprises, dont une fois dans l’exposé principal et l’autre fois dans ses nouvelles directives, le juge du procès a décrit le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré comme étant celui de la « cause mineure ou négligeable requise pour conclure au meurtre au deuxième degré », au lieu de la cause ayant « contribué d’une façon plus que négligeable ». Le jury a déclaré l’accusé coupable de meurtre au deuxième degré et la Cour d’appel a confirmé ce verdict. Le seul moyen d’appel invoqué tant devant la Cour d’appel que devant notre Cour concerne le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté. Le verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcé par le jury est confirmé.

Les juges Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel : La responsabilité relative à un résultat donné, en l’espèce la mort, doit être établie tant sur le plan des faits que sur celui du droit. La causalité factuelle concerne la façon dont la victime est morte sur le plan médical, technique ou physique, et à la façon dont l’accusé a contribué à ce résultat. La causalité juridique a trait à la responsabilité en droit de l’accusé et repose sur des considérations juridiques telles que le libellé de l’article créant l’infraction et les principes d’interprétation. Ces considérations juridiques reflètent les principes fondamentaux de la justice criminelle. La façon d’établir la causalité juridique peut être décrite comme consistant à se demander si on peut dire à juste titre que le résultat est imputable à l’accusé. Bien que le jury n’effectue pas une analyse à deux volets de la causalité, le juge du procès doit dans son exposé lui expliquer le lien de causalité requis tant sur le plan factuel que sur le plan juridique. C’est l’acte illégal en soi qui constitue habituellement le premier maillon du

causation. The law of causation is in large part judicially developed but it is also expressed in the *Criminal Code*. Where a factual situation does not fall within a statutory rule of causation, the criminal common law applies. The civil law of causation is of limited assistance in elucidating the criminal standard of causation.

It is not appropriate in jury charges to formulate a separate causation test for second degree murder. The causation standard expressed in *Smithers* is still valid and applicable to all forms of homicide. The standard, however, need not be expressed as “a contributing cause of death, outside the *de minimis* range”. The concept of causation and the terminology used to express that concept are distinct. Latin expressions or the formulation of the test in the negative are not useful means of conveying an abstract idea. It is preferable to use positive terms such as “significant contributing cause” rather than “not a trivial cause” or “not insignificant”. Also, because causation issues are case-specific and fact-driven, trial judges should have discretion to choose terminology relevant to the circumstances of the case. In the case of first degree murder under s. 231(5) of the *Code*, a jury must also consider the additional *Harbottle* “a substantial causation” standard but only after finding the accused guilty of murder. This standard, which indicates a higher degree of legal causation, comes into play at the stage of deciding whether the accused’s degree of blameworthiness warrants the increased penalty and stigma of first degree murder. Such a high degree of blameworthiness would only be established where the actions of the accused were found to be an essential, substantial and integral part of the killing of the victim. The *Harbottle* standard stresses the increased degree of participation required before an accused may be convicted of first degree murder under s. 231(5).

The difficulty in establishing a single, conclusive medical cause of death does not lead to the legal conclusion that there were multiple operative causes of death. In a homicide trial, the question is not who or what caused the

lien de causalité. Il est rarement nécessaire de donner au jury des directives sur le critère de causalité lorsque l’élément moral requis pour l’infraction existe, étant donné que l’exigence de *mens rea* règle habituellement toute question qui se pose en matière de causalité. Les règles de droit applicables en matière de causalité sont en grande partie établies par les tribunaux, mais elles se dégagent aussi du *Code criminel*. Lorsqu’une situation factuelle n’est pas visée par une règle législative en matière de causalité, les principes de common law régissant le droit criminel s’appliquent. Les règles de droit civil applicables en matière de causalité ne sont pas d’un grand secours pour élucider le critère qui s’applique en matière criminelle.

Il ne convient pas de formuler, dans les exposés au jury, un critère de causalité distinct pour le meurtre au deuxième degré. Le critère de causalité formulé dans l’arrêt *Smithers* est encore valide et applicable à toutes les formes d’homicide. Cependant, ce critère n’a pas à être décrit comme étant celui de la cause ayant « contribué à la mort de façon plus que mineure ». Le concept de causalité et la terminologie utilisée pour l’exprimer sont distincts. L’emploi d’expressions latines et la formulation de critères sous la forme négative ne sont pas utiles pour expliquer une notion abstraite. Il est préférable de recourir à une formule affirmative comme celle de la « cause ayant contribué de façon appréciable » plutôt qu’à l’expression « cause ayant contribué d’une façon qui n’est pas négligeable ou insignifiante ». De même, étant donné que les questions relatives à la causalité sont particulières à chaque cas et reposent sur les faits, le juge du procès devrait avoir le pouvoir discrétionnaire de choisir la terminologie pertinente eu égard aux circonstances de l’affaire. Dans le cas du meurtre au premier degré prévu au par. 231(5) du *Code*, le jury doit également examiner l’autre critère de la « cause substantielle » établi dans l’arrêt *Harbottle*, mais seulement après avoir conclu que l’accusé est coupable de meurtre. Ce critère, qui traduit un degré plus élevé de causalité juridique, entre en jeu au moment de décider si le degré de culpabilité morale de l’accusé justifie la stigmatisation et la peine accrues qui sont liées au meurtre au premier degré. L’existence d’un degré aussi élevé de culpabilité morale ne sera établie que si on conclut que les actes de l’accusé constituent un élément essentiel et substantiel du meurtre de la victime. Le critère de l’arrêt *Harbottle* met l’accent sur l’exigence d’un degré plus grand de participation de l’accusé pour qu’il puisse être déclaré coupable de meurtre au premier degré aux termes du par. 231(5).

La difficulté d’établir l’existence d’une seule cause médicale déterminante du décès n’amène pas à conclure en droit que le décès est attribuable à des causes multiples. Dans un procès pour homicide, la question qui se

victim's death but whether the accused caused the death. The fact that other persons or factors may have contributed to the result may or may not be legally significant in the trial of the one accused charged with the offence. It will be significant, and exculpatory, if independent factors, occurring before or after the acts or omissions of the accused, legally sever the link that ties him to the prohibited result. This case involves neither multiple causes nor intervening causes nor a thin-skull victim so it was unnecessary to instruct the jury on the law of causation beyond stating the need to find that the accused caused the victim's death. However, in relation to the charge of first degree murder under s. 231(5) of the *Code*, it was necessary for the trial judge to instruct the jury in accordance with *Harbottle*.

The trial judge accurately stated the correct standard of causation for second degree murder. Although, on two occasions, he misspoke in describing the appropriate test, by contrasting the high standard of causation for first degree murder with "the slight or trivial cause necessary to find second degree murder", these errors would not have caused the jury to believe that the applicable standard of causation for second degree murder was lower than the *Smithers* standard of "more than a trivial cause". Given that the jury found the accused guilty of second degree murder, it must be concluded that the jury found that the accused had the requisite intent for the offence of murder, namely subjective foresight of death. The jury's conclusion with respect to intent could not have been affected by the instructions on causation. No reasonable jury could have had any doubt about whether the accused's actions constituted a significant, operative cause of the victim's death. Whatever the jury's reasons for acquitting the accused of first degree murder, the jury's verdict of second degree murder is unimpeachable.

Per McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ.: The test for causation for culpable homicide set out in *Smithers* should not be changed from "a contributing cause of death, outside the *de minimis* range" into "a significant contributing cause". The current language is the correct formulation and should be used to express the standard of causation to the jury for all homicide offences. To avoid a Latin expression, an appropriate version would be "a contributing cause [of death] that is not trivial or insignificant". The terms "not trivial" and "not insignificant" accurately express a stand-

pose est de savoir non pas qui ou quoi a causé la mort de la victime, mais plutôt si l'accusé a causé cette mort. Le fait que d'autres personnes ou facteurs peuvent avoir contribué au résultat peut être important sur le plan juridique lors du procès de la personne accusée de l'infraction. Ce fait sera important et disculpatoire si des facteurs indépendants, antérieurs ou postérieurs aux actes ou omissions de l'accusé, rompent juridiquement le lien entre celui-ci et le résultat prohibé. Il n'est pas question en l'espèce de causes multiples, de causes subséquentes ou de vulnérabilité de la victime, de sorte qu'il n'était pas nécessaire de donner au jury des directives sur les règles applicables en matière de causalité, si ce n'est pour leur faire part de la nécessité de conclure que l'accusé a causé la mort de la victime. Toutefois, en ce qui concerne l'accusation de meurtre au premier degré fondée sur le par. 231(5) du *Code*, il était nécessaire que le juge du procès donne au jury des directives conformément à l'arrêt *Harbottle*.

Le juge du procès a énoncé correctement le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré. Bien qu'il ait, à deux reprises, mal décrit le critère approprié en comparant le critère exigeant applicable au meurtre au premier degré à la « cause mineure ou négligeable requise pour conclure au meurtre au deuxième degré », ces erreurs n'ont pas amené le jury à croire que le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré était moindre que celui de la cause ayant « contribué d'une façon plus que négligeable », établi dans l'arrêt *Smithers*. Étant donné que le jury a déclaré l'accusé coupable de meurtre au deuxième degré, il faut conclure qu'il a considéré que celui-ci avait eu l'intention requise pour l'infraction de meurtre, savoir qu'il y avait eu prévision subjective de la mort de sa part. Les directives sur le lien de causalité n'auraient pas pu avoir d'incidence sur la conclusion du jury relative à l'intention. Aucun jury raisonnable n'aurait pu douter que les actes de l'accusé constituaient une cause appréciable et véritable de la mort de la victime. Quels que soient les motifs pour lesquels le jury a acquitté l'accusé relativement à l'accusation de meurtre au premier degré, son verdict de meurtre au deuxième degré est inattaquable.

Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache : Le critère de causalité applicable à l'homicide coupable, établi dans l'arrêt *Smithers*, à savoir celui de la cause ayant « contribué à la mort de façon plus que mineure », ne devrait pas être changé en celui de la « cause ayant contribué de façon appréciable ». L'expression actuelle est la bonne formulation qui devrait être utilisée pour expliquer au jury le critère de causalité applicable à toutes les infractions d'homicide. Pour éviter le recours à une expression latine, on pourrait parler de « cause ayant contribué [à la

ard that has withstood the test of time as an authoritative test of causation. There is no legitimate reasons to reformulate it.

There is a meaningful difference between “a contributing cause [of death] that is not trivial or insignificant” and a “significant contributing cause”. The suggested change in terminology drastically changes the substance of the causation test and ignores the reason for using a double negative. A “significant contributing cause” standard calls for a more direct causal relationship than the “not insignificant” or “not trivial” test, thus raising the threshold of causation for culpable homicide from where it currently stands. The word “significant” implies an elevated contribution and is not equivalent to “not insignificant”. It is crucial to use exact language because language is the medium through which law finds expression and language is an outward sign of our legal reasoning. Trial judges should continue to use the current language of “a contributing cause [of death] that is not trivial or insignificant” for all homicide offences.

Cases Cited

By Arbour J.

Explained: *Smithers v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 506; *R. v. Harbottle*, [1993] 3 S.C.R. 306; **referred to:** *R. v. Farrant*, [1983] 1 S.C.R. 124; *R. v. Cribbin* (1994), 17 O.R. (3d) 548; *R. v. Meiler* (1999), 136 C.C.C. (3d) 11; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *R. v. Droste*, [1984] 1 S.C.R. 208; *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618; *R. v. Arkell*, [1990] 2 S.C.R. 695; *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711; *British Columbia Electric Railway Co. v. Loach*, [1916] A.C. 719; *R. v. Pagett* (1983), 76 Cr. App. R. 279; *R. v. Hallett*, [1969] S.A.S.R. 141; *Royall v. R.* (1991), 100 A.L.R. 669; *R. v. Smith* (1959), 43 Cr. App. R. 121; *R. v. Cheshire*, [1991] 3 All E.R. 670; *R. v. Hennigan*, [1971] 3 All E.R. 133; *Dulieu v. White*, [1901] 2 K.B. 669; *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458.

By L’Heureux-Dubé J.

Referred to: *Smithers v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 506; *Deeks v. Wells*, [1931] O.R. 818.

mort] d’une façon qui n’est pas négligeable ou insignifiante ». Les termes « qui n’est pas négligeable ou insignifiante » décrivent adéquatement la norme en matière de lien de causalité qui a résisté à l’épreuve du temps. Il n’y a aucune raison légitime de reformuler cette norme.

Il existe une différence manifeste entre l’expression « cause ayant contribué d’une façon qui n’est pas négligeable ou insignifiante » et l’expression « cause ayant contribué de façon appréciable ». Le changement de terminologie proposé a pour effet de modifier radicalement le contenu du critère de causalité et ne tient pas compte de la raison pour laquelle une double négation est utilisée. L’expression « cause ayant contribué de façon appréciable » exige un lien de causalité plus direct que le critère de la « cause ayant contribué [à la mort] d’une façon qui n’est pas négligeable ou insignifiante », et par conséquent, ce changement de terminologie a pour effet de hausser le critère de causalité actuellement applicable à l’homicide coupable. L’adjectif « appréciable » sert à qualifier quelque chose qui a contribué fortement et n’équivaut pas à l’expression « qui n’est pas insignifiant ». L’utilisation du mot juste revêt une importance cruciale étant donné que la langue est le moyen d’exprimer le droit et qu’elle sert à exprimer notre raisonnement juridique. Les juges du procès devraient continuer d’utiliser l’expression actuelle « cause ayant contribué [à la mort] d’une façon qui n’est pas négligeable ou insignifiante » pour toutes les infractions d’homicide.

Jurisprudence

Citée par le juge Arbour

Arrêts interprétés : *Smithers c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 506; *R. c. Harbottle*, [1993] 3 R.C.S. 306; **arrêts mentionnés :** *R. c. Farrant*, [1983] 1 R.C.S. 124; *R. c. Cribbin* (1994), 17 O.R. (3d) 548; *R. c. Meiler* (1999), 136 C.C.C. (3d) 11; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *R. c. Droste*, [1984] 1 R.C.S. 208; *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618; *R. c. Arkell*, [1990] 2 R.C.S. 695; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711; *British Columbia Electric Railway Co. c. Loach*, [1916] A.C. 719; *R. c. Pagett* (1983), 76 Cr. App. R. 279; *R. c. Hallett*, [1969] S.A.S.R. 141; *Royall c. R.* (1991), 100 A.L.R. 669; *R. c. Smith* (1959), 43 Cr. App. R. 121; *R. c. Cheshire*, [1991] 3 All E.R. 670; *R. c. Hennigan*, [1971] 3 All E.R. 133; *Dulieu c. White*, [1901] 2 K.B. 669; *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458.

Citée par le juge L’Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés : *Smithers c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 506; *Deeks c. Wells*, [1931] O.R. 818.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 21, 81, 222, 225, 226, 229, 230, 231, (5) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 40(2) (Sch. I, item 3)], (6) [ad. 1997, c. 16, s. 3], (6.1) [*idem*, c. 23, s. 8], 264.

Authors Cited

Editorial, “Semantics and the threshold test for imputable causation” (2000), 24 *Crim. L.J.* 73.
 Klinck, Dennis R. *The Word of the Law*. Ottawa: Carleton University Press, 1992.
 Presser, Jill. “All for a Good Cause: The Need for Overhaul of the *Smithers* Test of Causation” (1994), 28 C.R. (4th) 178.
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Scarborough: Carswell, 1995.
 Tiersma, Peter M. *Legal Language*. Chicago: University of Chicago Press, 1999.
 Weissman, Gary A. “Legal Esoterica: Reality is shaped by the language we use: ‘Jack and the Beanstalk’ as told by a judge, a psychiatrist, and an economist” (1986), 29 *Advocate* (Idaho) 22.
 Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens, 1983.
 Yeo, Stanley. “Blamable Causation” (2000), 24 *Crim. L.J.* 144.
 Yeo, Stanley. “Giving Substance to Legal Causation” (2000), 29 C.R. (5th) 215.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1999), 131 B.C.A.C. 104, 214 W.A.C. 104, 141 C.C.C. (3d) 130, 29 C.R. (5th) 195, [1999] B.C.J. No. 2836 (QL), 1999 BCCA 743, upholding the accused’s conviction for second degree murder. Appeal dismissed.

Gil D. McKinnon, Q.C., for the appellant.

Richard C. C. Peck, Q.C., and *Nikos Harris*, for the respondent.

Lucy Cecchetto, for the intervener the Attorney General for Ontario.

The reasons of McLachlin C.J. and L’Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache were delivered by

L’HEUREUX-DUBÉ J. — I had the benefit of reading my colleague Madam Justice Arbour’s reasons

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21, 81, 222, 225, 226, 229, 230, 231, (5) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 40(2) (ann. I, n^o 3); mod. ch. 1 (4^e suppl.), art. 18 (ann. I, n^o 5)], (6) [aj. 1997, ch. 16, art. 3], (6.1) [*idem*, ch. 23, art. 8], 264.

Doctrine citée

Editorial, « Semantics and the threshold test for imputable causation » (2000), 24 *Crim. L.J.* 73.
 Klinck, Dennis R. *The Word of the Law*. Ottawa : Carleton University Press, 1992.
 Presser, Jill. « All for a Good Cause : The Need for Overhaul of the *Smithers* Test of Causation » (1994), 28 C.R. (4th) 178.
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 3rd ed. Scarborough : Carswell, 1995.
 Tiersma, Peter M. *Legal Language*. Chicago : University of Chicago Press, 1999.
 Weissman, Gary A. « Legal Esoterica : Reality is shaped by the language we use : “Jack and the Beanstalk” as told by a judge, a psychiatrist, and an economist » (1986), 29 *Advocate* (Idaho) 22.
 Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London : Stevens, 1983.
 Yeo, Stanley. « Blamable Causation » (2000), 24 *Crim. L.J.* 144.
 Yeo, Stanley. « Giving Substance to Legal Causation » (2000), 29 C.R. (5th) 215.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (1999), 131 B.C.A.C. 104, 214 W.A.C. 104, 141 C.C.C. (3d) 130, 29 C.R. (5th) 195, [1999] B.C.J. No. 2836 (QL), 1999 BCCA 743, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcée contre l’accusé. Pourvoi rejeté.

Gil D. McKinnon, c.r., pour l’appelant.

Richard C. C. Peck, c.r., et *Nikos Harris*, pour l’intimée.

Lucy Cecchetto, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Version française des motifs du juge en chef McLachlin et des juges L’Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache rendus par

LE JUGE L’HEUREUX-DUBÉ — J’ai pris connaissance des motifs de ma collègue madame le juge

and while I concur in the result she reaches, I do not agree with her suggestion to rephrase the standard of causation for culpable homicide set out by this Court in *Smithers v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 506. Writing for the Court, Dickson J. (as he then was) articulated the causation test in the following manner (at p. 519):

The second sub-question raised is whether there was evidence on the basis of which the jury was entitled to find that it had been established beyond a reasonable doubt that the kick caused the death. In answer to this question it may shortly be said that there was a very substantial body of evidence, both expert and lay, before the jury indicating that the kick was at least a contributing cause of death, outside the *de minimis* range, and that is all that the Crown was required to establish. [Emphasis added.]

2 To avoid resorting to the Latin expression, Lambert J.A., in the Court of Appeal's ruling in this case ((1999), 141 C.C.C. (3d) 130), suggested an English version that I believe adequately reflects *Smithers*' beyond *de minimis* standard (at para. 29):

In the *Smithers* case the relevant causal standard is described in the words "a contributing cause beyond *de minimis*". If one were to avoid the Latin, which a jury may find confusing, the *Smithers* standard is "a contributing cause that is not trivial or insignificant". See *Crimji* 6.45, para.17. [Emphasis added.]

3 In her reasons, my colleague also refers to the English translation of the *Smithers* test when she writes (at para. 54): "Since *Smithers*, the terminology of 'beyond *de minimis*' or 'more than a trivial cause' has been used interchangeably with "outside the *de minimis* range" to charge juries as to the relevant standard of causation for all homicide offences, be it manslaughter or murder."

4 The terms "not trivial" and "not insignificant" are accurate and do not alter the *Smithers* standard

Arbour et, bien que je souscrive à la conclusion à laquelle elle arrive, je ne suis pas d'accord avec sa proposition de reformuler le critère de causalité applicable à l'homicide coupable, que notre Cour a énoncé dans l'arrêt *Smithers c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 506. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a formulé ce critère de la manière suivante (à la p. 519) :

La seconde sous-question soulevée est de savoir s'il y avait des preuves autorisant le jury à conclure qu'il avait été établi au-delà de tout doute raisonnable que le coup de pied avait causé la mort. À cette question on peut répondre brièvement que témoins experts et ordinaires ont fourni au jury un ensemble de preuves très considérable indiquant que le coup de pied avait pour le moins contribué à la mort, de façon plus que mineure [a contributing cause of death, outside the *de minimis* range], et que c'est tout ce que le ministère public avait à établir. [Je souligne.]

Pour éviter d'utiliser l'expression latine *de minimis* figurant dans la version anglaise de l'arrêt *Smithers*, le juge Lambert de la Cour d'appel ((1999), 141 C.C.C. (3d) 130) a proposé un équivalent qui, à mon avis, traduit adéquatement le critère de cet arrêt (au par. 29) :

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Smithers*, on utilise les mots « *a contributing cause beyond de minimis* » (« [a] contribué à la mort de façon plus que mineure ») pour décrire le critère de causalité applicable. Si on veut éviter le recours à une expression latine qu'un jury pourrait trouver difficile à comprendre, on peut décrire le critère de l'arrêt *Smithers* comme étant celui de la « cause ayant contribué d'une façon qui n'est pas négligeable ou insignifiante ». Voir *Crimji* 6.45, par. 17. [Je souligne.]

Dans ses motifs, ma collègue mentionne aussi la manière dont le critère de l'arrêt *Smithers* est formulé lorsqu'elle écrit (au par. 54) : « Depuis l'arrêt *Smithers*, on utilise les expressions "cause ayant contribué de façon plus que mineure" ("*beyond de minimis*" ou "*outside the de minimis range*") ou "cause ayant contribué d'une façon plus que négligeable" dans les directives au jury sur le critère de causalité applicable à toutes les infractions d'homicide, peu importe qu'il s'agisse d'un homicide involontaire coupable ou d'un meurtre. »

Les termes « qui n'est pas négligeable ou insignifiante » sont adéquats et ne modifient pas le

which, it is worth noting, has withstood the test of time. As one author points out, *Smithers* is “the generally authoritative test of causation for all criminal offences” (J. Presser, “All for a Good Cause: The Need for Overhaul of the *Smithers* Test of Causation” (1994), 28 C.R. (4th) 178, at p. 178). In that regard, my colleague also recognizes that the *Smithers* causation standard is valid and applicable to all forms of homicide (at paras. 85 and 88):

As discussed above, I conclude that the test of causation is the same for all homicide offences and that it is not appropriate to apply a different standard of causation to the offences of manslaughter and murder. The applicable standard of causation has traditionally been articulated in this country on the basis of the language used in *Smithers* that the accused must be a cause of the death beyond *de minimis*. This standard has not been overruled in any subsequent decisions of this Court, including *Harbottle*.

There is only one standard of causation for homicide offences, including second degree murder. That standard may be expressed using different terminology, but it remains the standard expressed by this Court in the case of *Smithers*, supra. [Emphasis added.]

Having said so, my colleague suggests reformulating the *Smithers* beyond *de minimis* test, i.e., “a contributing cause [of death] that is not trivial or insignificant” in the language of a “significant contributing cause”. She asserts that (at para. 70):

There is a semantic debate as to whether “not insignificant” expresses a degree of causation lower than “significant”. This illustrates the difficulty in attempting to articulate nuances in this particular legal standard that are essentially meaningless.

Evidently, my colleague considers that this rephrasing is merely a matter of semantics and, in her view, it does not alter the current test. I respectfully disagree. In my opinion, this issue is a matter of substance, not semantics. There is a meaningful

critère de l’arrêt *Smithers* qui, il convient de le souligner, a résisté à l’épreuve du temps. Comme un auteur le souligne, l’arrêt *Smithers* est [TRADUCTION] « la norme générale en matière de lien de causalité applicable à toutes les infractions criminelles » (J. Presser, « All for a Good Cause : The Need for Overhaul of the *Smithers* Test of Causation » (1994), 28 C.R. (4th) 178, p. 178). À cet égard, ma collègue reconnaît aussi que le critère de causalité de l’arrêt *Smithers* est valide et applicable à toutes les formes d’homicide (aux par. 85 et 88) :

Comme je l’ai dit précédemment, je conclus que le critère de causalité est le même pour toutes les infractions d’homicide et qu’il n’y a pas lieu d’appliquer un critère différent aux infractions d’homicide involontaire coupable et de meurtre. Dans notre pays, on a traditionnellement utilisé la terminologie de l’arrêt *Smithers* pour formuler le critère de causalité applicable, savoir que l’accusé doit avoir contribué à la mort de façon plus que mineure. Notre Cour n’a pas infirmé ce critère dans des arrêts ultérieurs, y compris l’arrêt *Harbottle*.

Un seul critère de causalité s’applique aux infractions d’homicide, y compris le meurtre au deuxième degré. Ce critère peut être formulé de différentes façons, mais il n’en demeure pas moins le critère que notre Cour a énoncé dans l’arrêt *Smithers*, précité. [Je souligne.]

Ceci dit, ma collègue propose de reformuler le critère de la cause ayant contribué « de façon plus que mineure » pris dans le sens de « cause ayant contribué [à la mort] d’une façon qui n’est pas négligeable ou insignifiante », figurant dans l’arrêt *Smithers*, pour parler plutôt de « cause ayant contribué de façon appréciable » (« *significant contributing cause* »). Elle affirme, au par. 70 :

Il existe un débat sémantique quant à savoir si l’expression « qui n’est pas insignifiante » traduit un degré de causalité moindre que le mot « appréciable ». Cela montre la difficulté d’essayer d’apporter à ce critère juridique particulier des nuances essentiellement dépourvues de sens.

De toute évidence, ma collègue considère que cette reformulation est une simple question de sémantique et qu’elle ne modifie pas le critère actuel. En toute déférence, je ne suis pas de cet avis. Selon moi, il s’agit d’une question de fond et non de

5

6

difference between expressing the standard as “a contributing cause that is not trivial or insignificant” and expressing it as a “significant contributing cause”. Changing the terminology of the *Smithers* test in this manner would drastically change its substance. On this point, I share Professor S. Yeo’s view in his article “Giving Substance to Legal Causation” (2000), 29 C.R. (5th) 215, at p. 219:

I submit that there is a material difference between describing something as “not an insignificant cause” on the one hand, and as “a significant cause” on the other. To ignore this difference is to ignore the reason for the use of a double negative in the first place. While the former description focuses the inquiry at the lower end of the scale of degrees of causation, the latter does not invoke such a focus. Using another set of words to illustrate my argument, when Mary says that she does not dislike John, she means, at most, that she is impartial towards him rather than that she likes him.

7

To claim that something not unimportant is important would be a sophism. Likewise, to consider things that are not dissimilar to be similar would amount to an erroneous interpretation. In the same vein, a substantial difference exists between the terms “not insignificant” and “significant”, and there is no doubt in my mind that to remove the double negative formulation from the *Smithers* causation test would effect a radical change to the law. I therefore agree with the position of both the respondent and the intervener that a “significant contributing cause” calls for a more direct causal relationship than the existing “not insignificant” or “not trivial” test, thus raising the standard from where it currently stands. As the respondent explains (see paras. 74 and 76 of the respondent’s factum):

It is further submitted that the term “significant cause” can also imply too high a causation standard. Like the term substantial, “significant” implies an elevated contribution, as the definition of the term includes “conveying information about the value of quantity . . . important, notable, consequential.” (*The New Shorter*

sémantique. Il existe une différence manifeste entre l’expression « cause ayant contribué d’une façon qui n’est pas négligeable ou insignifiante » et l’expression « cause ayant contribué de façon appréciable ». Une telle modification de la terminologie du critère de l’arrêt *Smithers* a pour effet d’en modifier radicalement le contenu. À ce sujet, je partage l’opinion exprimée par le professeur S. Yeo dans son article intitulé « Giving Substance to Legal Causation » (2000), 29 C.R. (5th) 215, p. 219 :

[TRADUCTION] J’estime que parler d’une « cause ayant contribué d’une façon qui n’est pas insignifiante » est très différent de parler d’une « cause ayant contribué de façon appréciable ». Faire abstraction de cette différence revient à ne pas tenir compte de la raison pour laquelle une double négation est utilisée au départ. Alors que, dans le premier cas, l’analyse est axée sur le bas de l’échelle du lien de causalité, il n’en est pas de même dans le deuxième cas. En d’autres termes, disons que lorsque Marie affirme qu’elle ne déteste pas Jean, elle veut dire, tout au plus, qu’elle n’éprouve aucun sentiment à son égard et non pas qu’elle l’aime bien.

Affirmer qu’une chose qui n’est pas sans importance est importante serait un sophisme. De même, il serait erroné de considérer que des choses qui ne sont pas dissemblables sont semblables. Dans le même ordre d’idées, il existe une différence appréciable entre les expressions « qui n’est pas insignifiante » et « appréciable », et il est selon moi indubitable que la suppression de la double négation dans la formulation du critère de causalité établi dans l’arrêt *Smithers* aurait pour effet de modifier considérablement le droit. Je partage donc le point de vue de l’intimée et de l’intervenant selon lequel l’expression « cause ayant contribué de façon appréciable » exige un lien de causalité plus direct que le critère actuel de la cause « ayant contribué d’une façon qui n’est pas négligeable ou insignifiante », et par conséquent, ce changement de terminologie a pour effet de hausser le critère actuellement applicable. Comme l’explique l’intimée (voir les par. 74 et 76 du mémoire de l’intimée) :

[TRADUCTION] Nous soutenons en outre que l’expression « *significant cause* » (« cause appréciable ») risque également d’engendrer un critère de causalité trop élevé. Tout comme l’adjectif « *substantial* » (« substantiel »), l’adjectif « *significant* » (« appréciable ») sert à qualifier quelque chose qui a contribué

Oxford Dictionary, supra at 2860); The Respondent respectfully disagrees with the analysis of Lambert J.A. in the Court of Appeal below . . . that the term significant can be equated with the term “not insignificant.” The term insignificant is defined as that which is “of no importance; trivial; trifling; contemptible.” (*The New Shorter Oxford Dictionary, supra* at 1379). Something that is not trivial or not trifling is not necessarily something that is important.

fortement étant donné qu’il signifie notamment « dont la mesure est grande, qui a beaucoup d’intérêt, qui a de grandes conséquences » (*The New Shorter Oxford Dictionary, op. cit.*, p. 2860). L’intimée ne partage pas l’avis du juge Lambert de la Cour d’appel [. . .] que l’adjectif « *significant* » (« appréciable ») peut être assimilé à « *not insignificant* » (« qui n’est pas insignifiant »). L’adjectif « *insignificant* » (« insignifiant ») désigne « ce qui est négligeable ou sans importance, ce qui ne mérite aucune attention » (*The New Shorter Oxford Dictionary, op. cit.*, p. 1379). Ce qui n’est pas négligeable ou sans importance n’est pas nécessairement important.

The imposition of a “substantial” or “significant” cause standard in a second degree murder case would permit a trier of fact to find that an accused did intend to cause the death of the victim, and that pursuant to that intent the accused contributed to the victim’s death in a manner that was not minimal, insignificant, or trivial, but then acquit the accused on the basis that the accused’s contribution could not be classified as an “important” [or “significant”] cause of death. . . . It is submitted that the wording of the standard which most accurately captures the proper broad causation threshold for second degree murder is that which instructs a jury that the accused’s conduct had to be a contributing cause of death which is more than insignificant, minimal, or trivial. [Emphasis added.]

L’adoption du critère de la cause « substantielle » ou « appréciable » dans le cas du meurtre au deuxième degré permettrait au juge des faits de conclure qu’un accusé avait l’intention de causer la mort de la victime et que, en donnant suite à cette intention, il a contribué à la mort de la victime d’une façon qui n’était pas minime, insignifiante ou négligeable, puis d’acquitter l’accusé pour le motif qu’il est impossible d’affirmer qu’il a contribué de façon « importante » ou « appréciable » à la mort. [. . .] Selon nous, la meilleure façon de formuler le critère général de causalité applicable au meurtre au deuxième degré est d’indiquer au jury que l’accusé doit, par sa conduite, avoir contribué à la mort de la victime d’une façon qui est plus qu’insignifiante, minime ou négligeable. [Je souligne.]

(See also para. 55 of the intervener’s factum.)

(Voir aussi le par. 55 du mémoire de l’intervenant.)

Professor Yeo, in “Blamable Causation” (2000), 24 *Crim. L.J.* 144, makes an interesting observation in that regard (at p. 148):

Dans son article « Blamable Causation » (2000), 24 *Crim. L.J.* 144, le professeur Yeo fait une remarque intéressante à cet égard (à la p. 148) :

The difference between this test [of a “significant contributing cause”] and the one of “beyond the de minimis range” is clearly seen when we place the discussion in the context of the tests for factual and blamable causation. First, the prosecution will have established factual causation if the triers of fact were satisfied that the proscribed result would not have occurred but for the defendant’s conduct. As noted earlier, this “but-for” test is made out if the defendant’s conduct was found to have been a more than trivial or negligible contribution of the result. Passing this initial test renders the defendant’s conduct a “contributing” cause to the result. The prosecution must then proceed to establish blamable causation by persuading the triers of fact that the defendant’s conduct was not just a contributing cause but that it

[TRADUCTION] On voit clairement la différence entre ce critère [de la « cause ayant contribué de façon appréciable »] et celui de la cause ayant contribué « de façon plus que mineure » lorsqu’on aborde les critères de la causalité factuelle et répréhensible. Tout d’abord, la poursuite aura établi l’existence de causalité factuelle si le juge des faits est convaincu que le résultat prohibé ne se serait pas produit n’eût été la conduite du défendeur. Comme nous l’avons vu, ce critère du « n’eût été » est respecté dès que l’on conclut que la conduite du défendeur a contribué d’une façon plus que négligeable au résultat. Lorsqu’elle satisfait à ce critère initial, la conduite du défendeur devient une cause du résultat. La poursuite doit ensuite établir l’existence de causalité répréhensible en convainquant le juge des faits que le défendeur a

“significantly” contributed to the result. [Emphasis added.]

9 Accordingly, I find that recasting the *Smithers* “beyond *de minimis*” test in the language of a “significant contributing cause” is unwarranted because it raises the threshold of causation for culpable homicide without any reasons for doing so and none, of course, is given since my colleague indicates that the proposed reformulation does not modify the *Smithers* standard.

10 Words have a meaning that should be given to them and different words often convey very different standards to the jury. In my view, describing a contributing cause as having a “significant” impact attaches a greater degree of influence or importance to it than do the words “not insignificant”. As a recent editorial of the *Criminal Law Journal* observes: “Semantics, popular usage of words and expressions, and common sense all have their respective critical roles to play in the determination of causation in the criminal law” (“Semantics and the threshold test for imputable causation” (2000), 24 *Crim. L.J.* 73, at pp. 74-75).

11 Moreover, it is worth emphasizing that language is the medium through which the law finds expression. As P. M. Tiersma, an American law professor and author, duly points out in *Legal Language* (1999), at p. 1:

Our law is a law of words. Although there are several major sources of law in the Anglo-American tradition, all consist of words. Morality or custom may be embedded in human behavior, but law — virtually by definition — comes into being through language. Thus, the legal profession focuses intensely on the words that constitute the law, whether in the form of statutes, regulations, or judicial opinions.

12 Language is the outward sign of our legal reasoning. The words we use provide a filter through which we view and acknowledge legal concepts (see G. A. Weissman, “Legal Esoterica: Reality is

non seulement contribué par sa conduite au résultat, mais qu’il y a contribué « de façon appréciable ». [Je souligne.]

En conséquence, j’estime qu’il est injustifié de transformer le critère de la cause ayant contribué « de façon plus que mineure », dont il est question dans l’arrêt *Smithers*, en critère de la « cause ayant contribué de façon appréciable » étant donné que cela a pour effet de hausser le critère de causalité applicable à l’homicide coupable sans qu’il n’y ait aucune raison de le faire et sans qu’aucun motif ne soit évidemment fourni puisque ma collègue indique que la reformulation proposée ne modifie aucunement le critère de l’arrêt *Smithers*.

Les mots ont le sens qui doit leur être donné, et des mots différents évoquent souvent des critères très différents pour le jury. À mon avis, lorsqu’on dit d’une cause qu’elle a un effet « appréciable », on lui attribue une incidence ou importance plus grande que ne le fait l’expression « qui n’est pas insignifiante ». Comme l’indique un récent éditorial du *Criminal Law Journal* : [TRADUCTION] « La sémantique, l’usage courant des mots et des expressions et le bon sens jouent chacun un rôle décisif dans la détermination du lien de causalité en matière de droit criminel » (« Semantics and the threshold test for imputable causation » (2000), 24 *Crim. L.J.* 73, p. 74-75).

De plus, il convient de souligner que la langue est le moyen d’exprimer le droit. Comme P. M. Tiersma, professeur de droit et auteur américain, le fait remarquer à juste titre dans *Legal Language* (1999), p. 1 :

[TRADUCTION] Notre droit est constitué de mots. Bien qu’il existe diverses sources de droit importantes dans la tradition anglo-américaine, celles-ci sont toutes constituées de mots. La moralité ou la coutume peut faire partie intégrante du comportement humain, mais le droit — presque par définition — doit son existence à la langue. Ainsi, les juristes mettent énormément l’accent sur les mots qui constituent le droit, qu’il s’agisse de lois, de règlements ou d’opinions judiciaires.

La langue sert à exprimer notre raisonnement juridique. Les mots que nous utilisons constituent le filtre à travers lequel nous percevons et reconnaissons les concepts juridiques (voir G. A.

shaped by the language we use: 'Jack and the Beanstalk' as told by a judge, a psychiatrist, and an economist" (1986), 29 *Advocate* (Idaho) 22). It is therefore crucial to our analysis that we use exact language. For the introduction of his book *The Word of the Law* (1992), D. R. Klinck, a law professor at McGill University, finds inspiration in the teaching of Chinese philosopher Confucius: "When asked what he would do first if invited to administer a country, Confucius replied: 'It would certainly be to correct language'" (p. 8). Confucius added: "If language be not in accordance with the truth of things, affairs cannot be carried on to success". In *Deeks v. Wells*, [1931] O.R. 818, the Ontario Supreme Court, Appellate Division held that (at pp. 843-44):

Before leaving this branch of the inquiry, it may be well to mention a curious fallacy which ran through much of the plaintiff's argument and of which there is an occasional glimpse in the evidence — it is made a matter of suspicion that Wells does not follow the terminology of the authorities he says he consulted. One would have thought it most natural for a literary man, writing a book for popular perusal, to clothe in his own language the historical facts taught him by his authorities rather than to use the terminology of the expert original. Where we have a subject like law — in which a statement is to be accepted because of the position of the person who makes it, his precise words may be and in many cases are of importance and should be given verbatim, but this is not the case where the statement is one of a fact. [Emphasis added.]

As I have mentioned earlier, our reasoning is dictated by the specific words that are used to articulate a legal test or standard. Professor Klinck, *supra*, writes at p. 15: "A common example of the obvious continuity of reality is colour: the colours of the spectrum shade into each other; different languages draw lines at different places."

In conclusion, I reiterate that the causation test in *Smithers* remains the law and to rephrase

Weissman, « Legal Esoterica : Reality is shaped by the language we use : "Jack and the Beanstalk" as told by a judge, a psychiatrist, and an economist » (1986), 29 *Advocate* (Idaho) 22). L'utilisation du mot juste revêt donc une importance cruciale dans notre analyse. Dans l'introduction de son livre intitulé *The Word of the Law* (1992), D. R. Klinck, professeur de droit à l'Université McGill, s'inspire de l'enseignement du philosophe chinois Confucius : [TRADUCTION] « Lorsqu'on lui a demandé quelle serait la première chose qu'il ferait si on l'invitait à administrer un pays, Confucius a répondu : "Je commencerais sûrement par corriger la langue" » (p. 8). Par ailleurs, Confucius affirme : « Aucune affaire ne peut être menée à bien si la langue ne correspond pas à la réalité ». Dans l'arrêt *Deeks c. Wells*, [1931] O.R. 818, la Section d'appel de la Cour suprême de l'Ontario statue ceci (aux p. 843-844) :

[TRADUCTION] Avant de clore ce volet de l'analyse, il peut convenir de mentionner une étrange erreur que l'on retrouve dans une bonne partie de l'argumentation de la demanderesse et que l'on peut parfois entrevoir dans la preuve — on peut s'interroger sur le fait que Wells n'a pas suivi la terminologie de la jurisprudence et de la doctrine qu'il dit avoir consultées. Il serait, croirait-on, tout à fait naturel qu'un homme de lettres, qui rédige un ouvrage de vulgarisation, explique dans ses propres mots les faits historiques qu'il tient de ses sources, au lieu d'utiliser la terminologie de l'ouvrage spécialisé original. Lorsqu'il est question d'une matière comme le droit, où une affirmation doit être acceptée en raison de la situation de la personne qui la fait, les mots précis que cette personne a utilisés peuvent être importants et le sont effectivement dans de nombreux cas, et ils devraient être repris textuellement, mais ce n'est pas le cas lorsqu'il s'agit de l'exposé d'un fait. [Je souligne.]

Comme je l'ai déjà mentionné, notre raisonnement est dicté par les mots particuliers qui sont utilisés pour formuler un critère ou une norme juridique. Le professeur Klinck, *op. cit.*, écrit (à la p. 15) : [TRADUCTION] « La couleur est un exemple courant de la continuité manifeste du monde observable : les couleurs du spectre se fondent les unes dans les autres; des mots différents tracent la ligne de démarcation à des endroits différents. »

En conclusion, je réitère que le critère de causalité de l'arrêt *Smithers* continue de s'appliquer

it in the language of a “significant contributing cause”, as my colleague suggests, would draw the line at a different place, thus drastically changing the law. I have found no legitimate reason to reformulate the *Smithers* test, rather it is my opinion that such alteration should be strenuously proscribed since it will elevate the threshold of causation. As a result, I consider the current language of “a contributing cause [of death] that is not trivial or insignificant” to be the correct formulation that trial judges should use when expressing to the jury the standard of causation for all homicide offences.

15 I would dismiss the appeal.

The judgment of Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

ARBOUR J. —

I. Introduction

16 The present appeal raises the issue of causation in second degree murder. It requires a determination of the threshold test of causation that must be met before an accused may be held legally responsible for causing a victim’s death in a charge of second degree murder. We must also examine how the applicable standard of causation should be conveyed to the jury.

II. Factual Background

17 On Monday, August 21, 1995, Mrs. Clara Loski, a 95-year-old widow who lived alone in her house in Kelowna, British Columbia, was found dead in her bedroom. Her house had been robbed. Mrs. Loski was bound with electrical wire in a way that is referred to colloquially as “hog-tying”. Her hands were bound behind her back, her legs were brought upwards behind her back and tied, and her hands and feet were bound together. A red garment was tied around her head and neck and entrapped her chin. This garment formed a

et que si, comme le propose ma collègue, on le reformulait comme étant celui de la « cause ayant contribué de façon appréciable », on tracerait la ligne à un endroit différent, ce qui aurait pour effet de modifier considérablement le droit. À mon avis, il n’y a aucune raison légitime de reformuler le critère établi dans l’arrêt *Smithers*. Je suis plutôt d’avis qu’une telle modification devrait être carrément prohibée étant donné qu’elle aurait pour effet de hausser le critère de causalité. Par conséquent, je considère que l’expression actuelle « cause ayant contribué [à la mort] d’une façon qui n’est pas négligeable ou insignifiante » est la bonne formulation que les juges devraient utiliser lorsqu’ils expliquent au jury le critère de causalité applicable à toutes les infractions d’homicide.

Je rejetterais le pourvoi.

Version française du jugement des juges Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel rendu par

LE JUGE ARBOUR —

I. Introduction

Le présent pourvoi soulève la question du lien de causalité applicable au meurtre au deuxième degré. Il s’agit de déterminer quel critère de causalité doit être préalablement respecté pour qu’une personne accusée de meurtre au deuxième degré puisse être tenue légalement responsable de la mort de la victime. Il nous faut aussi examiner la façon dont ce critère doit être expliqué au jury.

II. Les faits

Le lundi 21 août 1995, M^{me} Clara Loski, une veuve de 95 ans vivant seule à Kelowna, en Colombie-Britannique, a été trouvée morte dans sa chambre à coucher. Sa maison avait été cambriolée. Madame Loski était ligotée avec un fil électrique. Elle avait les mains liées derrière le dos et les jambes attachées et repliées vers l’arrière, et ses pieds et ses mains étaient attachés ensemble. Un vêtement rouge était enroulé autour de sa tête et de son cou et lui immobilisait le menton. Ce vêtement formait un garrot plus ou moins serré autour

moderately tight ligature around her neck, but did not obstruct her nose or mouth.

One of Mrs. Loski's neighbours, Deanna Taylor, testified that she was standing in her backyard smoking on the afternoon of Friday, August 18, 1995 when she heard Mrs. Loski's door close and saw two male Caucasian youths leave through Mrs. Loski's back gate and run down the alley.

Some 24 to 48 hours after Mrs. Loski was robbed and left hog-tied on her bed, she died. At some point she had fallen from the bed to the floor. The Crown's medical expert, Dr. Roy, was of the opinion that the cause of death was asphyxiation due to upper airway obstruction.

The RCMP mounted an undercover operation with the appellant Nette as a target. In the course of this investigation, the appellant was induced to tell an undercover police officer, who was posing as a member of a criminal organization, about his involvement in the robbery and death of Mrs. Loski. This admission was recorded by the undercover officer and was put in evidence at trial.

At trial, the appellant testified in his own defence. He stated that he went to Mrs. Loski's house alone on Saturday, August 19, 1995 just after midnight with the intention of breaking and entering her house. He testified that he knocked on the back door and it swung open on its own. He stated that it looked as if someone had already broken into the home. He testified that he found Mrs. Loski already dead in her bedroom and then left the home. With respect to the intercepted conversations obtained through the undercover operation, the appellant testified that he had made up the story about robbing and tying up Mrs. Loski in order to impress the undercover officer.

The only medical evidence at trial on the issue of cause of death was the evidence of Dr. Roy, the forensic pathologist who investigated Mrs. Loski's death and who testified for the Crown. Dr. Roy concluded that Mrs. Loski died as a result of

de son cou, mais il ne lui obstruait ni le nez ni la bouche.

L'une des voisines de M^{me} Loski, Deanna Taylor, a témoigné qu'elle fumait dans la cour arrière de son domicile pendant l'après-midi du vendredi 18 août 1995 lorsqu'elle a entendu la porte de M^{me} Loski se refermer et a vu deux jeunes hommes de race blanche quitter la propriété de M^{me} Loski par le portail arrière et emprunter la ruelle en courant.

Madame Loski est décédée 24 à 48 heures après avoir été volée et laissée pieds et poings liés dans son lit. Elle avait fini par tomber du lit. Le médecin expert du ministère public, le D^r Roy, était d'avis que la cause du décès était l'asphyxie résultant de l'obstruction des voies respiratoires supérieures.

La GRC a mis sur pied une opération secrète visant l'appellant Nette. Au cours de l'enquête, l'appellant a été amené à parler à un policier en civil, qui se faisait passer pour un membre d'un gang, du rôle qu'il avait joué relativement au vol dont avait été victime M^{me} Loski et au décès de cette dernière. Le policier en civil a enregistré cet aveu qui a été soumis en preuve au procès.

Au procès, l'appellant a témoigné pour sa propre défense. Il a déclaré s'être rendu seul au domicile de M^{me} Loski, le samedi 19 août 1995, un peu après minuit, dans le but de s'y introduire par effraction. Il a affirmé avoir frappé à la porte arrière qui s'est ouverte toute seule. Il a dit qu'il lui avait semblé que quelqu'un s'était déjà introduit dans la maison. Il a prétendu avoir découvert M^{me} Loski sans vie dans sa chambre à coucher et avoir quitté la maison. Quant aux conversations interceptées et obtenues grâce à l'opération secrète, l'appellant a dit qu'il avait inventé cette histoire de vol et de ligotage de M^{me} Loski pour impressionner le policier en civil.

La seule preuve médicale qui a été soumise au procès au sujet de la cause du décès est le témoignage du D^r Roy, le pathologiste judiciaire qui a enquêté sur la mort de M^{me} Loski et a témoigné pour le ministère public. Le D^r Roy a conclu que

18

19

20

21

22

asphyxiation due to an upper airway obstruction. Dr. Roy could not isolate one factor from among the circumstances of Mrs. Loski's death and state that it alone caused her death by asphyxiation. In his view, a number of factors contributed to the asphyxial process, in particular, her hog-tied position, the ligature around her neck, as well as her age and corresponding lack of muscle tone. In cross-examination, Dr. Roy agreed that other factors, including Mrs. Loski's congestive heart failure and asthma may possibly have speeded up the process of asphyxiation.

23

The appellant was charged with first degree murder on the basis that he had committed murder while committing the offence of unlawfully confining Mrs. Loski. The Crown's position at trial was that the act of causing death and the acts comprising the offence of unlawful confinement all formed part of one continuous sequence of events making up a single transaction, and that the appellant was therefore guilty of first degree murder pursuant to s. 231(5) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The appellant was tried before a judge and jury. The jury returned a verdict of second degree murder and the Court of Appeal dismissed the appellant's appeal from that verdict. The only ground of appeal both before the Court of Appeal and before us concerns the test of causation applicable to second degree murder.

III. Relevant Statutory Provisions

24

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

222. (1) A person commits homicide when, directly or indirectly, by any means, he causes the death of a human being.

(2) Homicide is culpable or not culpable.

(3) Homicide that is not culpable is not an offence.

(4) Culpable homicide is murder or manslaughter or infanticide.

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

M^{me} Loski était morte asphyxiée à la suite d'une obstruction de ses voies respiratoires supérieures. Il a été incapable de discerner, parmi toutes les circonstances ayant entouré le décès de M^{me} Loski, le facteur qui avait à lui seul causé la mort par asphyxie. À son avis, l'asphyxie de la victime était attribuable à un certain nombre de facteurs, dont la position dans laquelle elle était attachée, le garrot autour de son cou ainsi que son âge et l'absence de tonicité qui en résultait. Lors de son contre-interrogatoire, le D^r Roy a reconnu que d'autres facteurs, y compris l'insuffisance cardiaque globale et l'asthme dont souffrait M^{me} Loski, pouvaient avoir accéléré le processus d'asphyxie.

L'appelant a été accusé de meurtre au premier degré pour le motif qu'il avait causé la mort de M^{me} Loski en la séquestrant. Le ministère public a fait valoir au procès que l'acte ayant causé la mort et les actes constituant l'infraction de séquestration faisaient tous partie d'une suite ininterrompue d'événements qui constituaient une seule affaire, et que l'appelant était donc coupable de meurtre au premier degré aux termes du par. 231(5) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. L'appelant a subi son procès devant un juge et un jury. Le jury a prononcé un verdict de meurtre au deuxième degré et la Cour d'appel a rejeté l'appel de l'appelant contre ce verdict. Le seul moyen d'appel invoqué tant devant la Cour d'appel que devant notre Cour concerne le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré.

III. Les dispositions législatives pertinentes

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

222. (1) Commet un homicide quiconque, directement ou indirectement, par quelque moyen, cause la mort d'un être humain.

(2) L'homicide est coupable ou non coupable.

(3) L'homicide non coupable ne constitue pas une infraction.

(4) L'homicide coupable est le meurtre, l'homicide involontaire coupable ou l'infanticide.

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

- (a) by means of an unlawful act;
- (b) by criminal negligence;
- (c) by causing that human being, by threats or fear of violence or by deception, to do anything that causes his death; or
- (d) by wilfully frightening that human being, in the case of a child or sick person.

229. Culpable homicide is murder

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

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

(b) where a person, meaning to cause death to a human being or meaning to cause him bodily harm that he knows is likely to cause his death, and being reckless whether death ensues or not, by accident or mistake causes death to another human being, notwithstanding that he does not mean to cause death or bodily harm to that human being; or

(c) where a person, for an unlawful object, does anything that he knows or ought to know is likely to cause death, and thereby causes death to a human being, notwithstanding that he desires to effect his object without causing death or bodily harm to any human being.

231. (1) Murder is first degree murder or second degree murder.

(2) Murder is first degree murder when it is planned and deliberate.

(3) Without limiting the generality of subsection (2), murder is planned and deliberate when it is committed pursuant to an arrangement under which money or anything of value passes or is intended to pass from one person to another, or is promised by one person to another, as consideration for that other's causing or assisting in causing the death of anyone or counselling another person to do any act causing or assisting in causing that death.

- a) soit au moyen d'un acte illégal;
- b) soit par négligence criminelle;
- c) soit en portant cet être humain, par des menaces ou la crainte de quelque violence, ou par la supercherie, à faire quelque chose qui cause sa mort;
- d) soit en effrayant volontairement cet être humain, dans le cas d'un enfant ou d'une personne malade.

229. L'homicide coupable est un meurtre dans l'un ou l'autre des cas suivants :

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

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

b) une personne, ayant l'intention de causer la mort d'un être humain ou ayant l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'elle sait de nature à causer sa mort, et ne se souciant pas que la mort en résulte ou non, par accident ou erreur cause la mort d'un autre être humain, même si elle n'a pas l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles à cet être humain;

c) une personne, pour une fin illégale, fait quelque chose qu'elle sait, ou devrait savoir, de nature à causer la mort et, conséquemment, cause la mort d'un être humain, même si elle désire atteindre son but sans causer la mort ou une lésion corporelle à qui ce soit.

231. (1) Il existe deux catégories de meurtres : ceux du premier degré et ceux du deuxième degré.

(2) Le meurtre au premier degré est le meurtre commis avec préméditation et de propos délibéré.

(3) Sans que soit limitée la portée générale du paragraphe (2), est assimilé au meurtre au premier degré quant aux parties intéressées, le meurtre commis à la suite d'une entente dont la contrepartie matérielle, notamment financière, était proposée ou promise en vue d'en encourager la perpétration ou la complicité par assistance ou fourniture de conseils.

(4) Irrespective of whether a murder is planned and deliberate on the part of any person, murder is first degree murder when the victim is

(a) a police officer, police constable, constable, sheriff, deputy sheriff, sheriff's officer or other person employed for the preservation and maintenance of the public peace, acting in the course of his duties;

(b) a warden, deputy warden, instructor, keeper, jailer, guard or other officer or a permanent employee of a prison, acting in the course of his duties; or

(c) a person working in a prison with the permission of the prison authorities and acting in the course of his work therein.

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

(a) section 76 (hijacking an aircraft);

(b) section 271 (sexual assault);

(c) section 272 (sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm);

(d) section 273 (aggravated sexual assault);

(e) section 279 (kidnapping and forcible confinement); or

(f) section 279.1 (hostage taking).

(6) Irrespective of whether a murder is planned and deliberate on the part of any person, murder is first degree murder when the death is caused by that person while committing or attempting to commit an offence under section 264 and the person committing that offence intended to cause the person murdered to fear for the safety of the person murdered or the safety of anyone known to the person murdered.

(6.1) Irrespective of whether a murder is planned and deliberate on the part of a person, murder is first degree murder when the death is caused while committing or attempting to commit an offence under section 81 for the benefit of, at the direction of or in association with a criminal organization.

(7) All murder that is not first degree murder is second degree murder.

(4) Est assimilé au meurtre au premier degré le meurtre, dans l'exercice de ses fonctions :

a) d'un officier ou d'un agent de police, d'un shérif, d'un shérif adjoint, d'un officier de shérif ou d'une autre personne employée à la préservation et au maintien de la paix publique;

b) d'un directeur, d'un sous-directeur, d'un instructeur, d'un gardien, d'un geôlier, d'un garde ou d'un autre fonctionnaire ou employé permanent d'une prison;

c) d'une personne travaillant dans une prison avec la permission des autorités de la prison.

(5) Indépendamment de toute préméditation, le meurtre que commet une personne est assimilé à un meurtre au premier degré lorsque la mort est causée par cette personne, en commettant ou tentant de commettre une infraction prévue à l'un des articles suivants :

a) l'article 76 (détournement d'aéronef);

b) l'article 271 (agression sexuelle);

c) l'article 272 (agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infraction de lésions corporelles);

d) l'article 273 (agression sexuelle grave);

e) l'article 279 (enlèvement et séquestration);

f) l'article 279.1 (prise d'otage).

(6) Indépendamment de toute préméditation, le meurtre que commet une personne est assimilé à un meurtre au premier degré lorsque celle-ci cause la mort en commettant ou en tentant de commettre une infraction prévue à l'article 264 alors qu'elle avait l'intention de faire craindre à la personne assassinée pour sa sécurité ou celle d'une de ses connaissances.

(6.1) Indépendamment de toute préméditation, le meurtre que commet une personne est assimilé à un meurtre au premier degré lorsque la mort est causée au cours de la perpétration ou de la tentative de perpétration d'une infraction prévue à l'article 81 au profit ou sous la direction d'un gang, ou en association avec lui.

(7) Les meurtres qui n'appartiennent pas à la catégorie des meurtres au premier degré sont des meurtres au deuxième degré.

IV. Judgments Below

A. *British Columbia Supreme Court*

The appellant was tried before a judge and jury. Wilkinson J., who presided over the trial, completed his charge to the jury on March 5, 1998. Dealing with the causation issue in relation to second degree murder, Wilkinson J. explained causation as follows:

The third element is that the accused must have caused the death. In connection with this element you must satisfy yourselves that the accused caused the death in two separate senses. First, are you satisfied beyond a reasonable doubt that the death of Mrs. Loski was caused by the acts of the accused Nette, by Mr. Quesnel, or both of them, rather than her death being caused by some other matter?

In this connection I must tell you that the law provides that as long as some action of the accused or a joint action of the two accused pursuant to a common intention contributed to her death and was more than a trivial cause thereof, as long as some action of theirs contributed to her death and was more than a trivial cause thereof, he may be found, for purposes of murder and manslaughter, to have caused her death notwithstanding that there were other causes involved for which he was or may not have been responsible.

Thus, if there was evidence that Mrs. Loski had died from causes totally unconnected with the actions of the accused he would not have caused her death, but if his or their common actions were one of the causes of her death and were more than a trivial cause, you may find that he caused her death if you are satisfied of that beyond a reasonable doubt.

The second sense in which you must make a decision, and this goes back to the joint or common plan, on this element of causing death is whether you are satisfied beyond a reasonable doubt that the accused caused Mrs. Loski's death as opposed to the question of whether Mr. Quesnel caused her death.

As for causation in first degree murder, the trial judge said:

IV. Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*

Le procès de l'appelant a eu lieu devant un juge et un jury. Le juge Wilkinson, qui a présidé le procès, a terminé son exposé au jury le 5 mars 1998. Il a donné les explications suivantes au sujet du lien de causalité applicable au meurtre au deuxième degré :

[TRADUCTION] Le troisième élément est que l'accusé doit avoir causé la mort. À cet égard, vous devez être convaincus que l'accusé a causé la mort en deux sens distincts. Premièrement, vous devez être convaincus hors de tout doute raisonnable que la mort de M^{me} Loski a été causée par les actes de l'accusé Nette, par M. Quesnel ou par les deux à la fois, et non d'une autre manière.

À ce propos, je dois vous dire que la loi prévoit que, dans la mesure où un acte de l'accusé ou un acte commun de deux accusés, accompli dans le but de réaliser une intention commune, a contribué à la mort de la victime et y a contribué d'une façon plus que négligeable, c'est-à-dire dans la mesure où l'un de leurs actes a contribué à sa mort et y a contribué d'une façon plus que négligeable, il est possible de conclure, en ce qui a trait au meurtre et à l'homicide involontaire coupable, que l'accusé a causé la mort de la victime même s'il existait d'autres causes qui ne lui était pas ou ne pouvait pas lui être attribuables.

Donc, si des éléments de preuve indiquent que l'accusé n'a absolument pas, par ses actes, contribué à la mort de M^{me} Loski, celui-ci n'a pas causé la mort de la victime; toutefois, si ses actes ou leurs actes communs ont constitué l'une des causes de la mort de cette dernière et y ont contribué d'une façon plus que négligeable, vous pouvez conclure qu'il a causé la mort de la victime si vous en êtes convaincus hors de tout doute raisonnable.

Le deuxième point sur lequel vous devez vous prononcer, point qui concerne le projet commun, est la question de savoir si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable que c'est l'accusé, et non pas M. Quesnel, qui a causé la mort de M^{me} Loski.

En ce qui concerne le lien de causalité applicable au meurtre au premier degré, le juge du procès a dit :

In order for the Crown to prove first degree murder under s. 231(5):

1. The Crown must prove that the accused is guilty of the murder. You will have done that if you have proceeded this far.
2. That the accused's participation in the murder was such that his actions were a substantial cause of her death.

Now, that is a distinction from second degree murder or manslaughter for there it only had to be more than a trivial cause, not a substantial cause of death.

3. That the accused is guilty of the underlying offence of unlawful confinement.
4. That the death of the victim was caused by the accused while he was committing the offence of unlawful confinement.

. . . .

A substantial and high degree of blameworthiness above and beyond that of murder must be established in order to convict a person of first degree murder. A person may only be convicted of first degree murder under Section 231(5) if the Crown establishes that the actions of that person are of such a nature that they must be regarded as a substantial and integral cause of the death. That is, of course, a much more direct and substantive cause than the slight or trivial cause necessary to find second degree murder.

The substantial cause test requires that the accused play a very active role in the killing of the victim. In most cases that will mean that the accused's own actions physically caused the death of the victim, although there are some instances where the accused's actions will be considered the substantial cause of death although those actions have not physically caused the death. If you get to the point of dealing with first degree murder then you must review the evidence about cause of death all over again to decide if it is proved beyond a reasonable doubt, that this higher and stricter test of causation has been met.

The day after completing his charge to the jury, Wilkinson J. received a note from the jurors asking him to clarify the elements of first degree murder and the substantial cause test. In recharging the

[TRADUCTION] Pour prouver qu'il y a eu meurtre au premier degré au sens du par. 231(5), le ministère public doit :

1. Établir que l'accusé est coupable de meurtre. Cela aura été fait si vous en êtes rendus à cette étape.
2. Établir que la participation de l'accusé au meurtre a été telle que ses actes ont constitué une cause substantielle de la mort de la victime.

Maintenant, cela diffère du meurtre au deuxième degré ou de l'homicide involontaire coupable où la cause du décès doit seulement être plus que négligeable et non substantielle.

3. Établir que l'accusé est coupable de l'infraction sous-jacente de séquestration.
4. Établir que l'accusé a causé la mort de la victime pendant qu'il commettait l'infraction de séquestration.

. . . .

Pour qu'une personne puisse être déclarée coupable de meurtre au premier degré, le degré de culpabilité morale doit être plus élevé que celui qui s'applique au meurtre. Une personne ne peut être déclarée coupable de meurtre au premier degré aux termes du par. 231(5) que si le ministère public établit que les actes qu'elle a accomplis sont tels qu'ils doivent être considérés comme une cause substantielle et essentielle du décès. Il s'agit évidemment d'une cause beaucoup plus directe et substantielle que la cause mineure ou négligeable requise pour conclure au meurtre au deuxième degré.

Le critère de la cause substantielle exige que l'accusé joue un rôle très actif dans le meurtre de la victime. Dans la plupart des cas, cela signifie que l'accusé doit avoir, par ses propres actes, physiquement causé la mort de la victime, quoique, dans certains cas, les actes de l'accusé seront considérés comme étant la cause substantielle du décès même s'ils n'ont pas contribué physiquement à la mort. Si vous devez vous prononcer sur un meurtre au premier degré, vous devez alors examiner à nouveau toute la preuve relative à la cause du décès en vue de décider s'il est prouvé hors de tout doute raisonnable que ce critère de causalité plus exigeant a été respecté.

Le lendemain de son exposé au jury, le juge Wilkinson a reçu une note dans laquelle les jurés lui demandaient des précisions sur le critère de la cause substantielle et les éléments constitutifs du meurtre

jurors on this issue, Wilkinson J. essentially reiterated what he had said about second degree murder and first degree murder in the original charge.

On two occasions, once in the main charge quoted above, and once in the re-charge, Wilkinson J. misspoke in describing the applicable standard of causation for second degree murder to the jury, describing it erroneously as “the slight or trivial cause necessary to find second degree murder” instead of describing the standard as “more than a trivial cause”. Overall, however, the charge and re-charge indicated that the applicable standard of causation for manslaughter and second degree murder was that the accused’s actions must be “more than a trivial cause” of the victim’s death while, for first degree murder, there was an additional causation requirement that the accused’s actions must be a “substantial cause” of the victim’s death.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1999), 141 C.C.C. (3d) 130

(1) Lambert J.A.

The only issue before the Court of Appeal was the question of what standard of causation must be proved in order to support a conviction of second degree murder. Lambert J.A. concluded that the standard for legal causation set out in *Smithers v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 506, applies to second degree murder. He concluded that the distinctions between first and second degree murder only come into play at the sentencing stage once it has been established that a murder has been committed. In support of the view that first degree murder is in essence a sentencing provision, Lambert J.A. referred to this Court’s judgment in *R. v. Farrant*, [1983] 1 S.C.R. 124, which was endorsed and applied in *R. v. Harbottle*, [1993] 3 S.C.R. 306.

au premier degré. Dans ses nouvelles directives sur cette question, le juge Wilkinson a essentiellement répété aux jurés ce qu’il avait dit au sujet du meurtre au deuxième degré et du meurtre au premier degré dans son exposé initial.

À deux reprises, dont une fois dans l’exposé principal cité précédemment, et l’autre fois dans ses nouvelles directives, le juge Wilkinson s’est mal exprimé en décrivant à tort au jury le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré, comme étant celui de la [TRADUCTION] « cause mineure ou négligeable requise pour conclure au meurtre au deuxième degré », au lieu de la « cause ayant contribué d’une façon plus que négligeable ». Dans l’ensemble toutefois, l’exposé initial et les nouvelles directives indiquaient que, selon le critère de causalité applicable à l’homicide involontaire coupable et au meurtre au deuxième degré, les actes de l’accusé devaient avoir « contribué d’une façon plus que négligeable » à la mort de la victime, alors que dans le cas du meurtre au premier degré, une autre condition s’ajoutait, savoir que ses actes devaient constituer une « cause substantielle » de la mort de la victime.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique* (1999), 141 C.C.C. (3d) 130

(1) Le juge Lambert

La seule question soumise à la Cour d’appel était celle de savoir quel critère de causalité doit être respecté pour que l’on puisse prononcer une déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Le juge Lambert a statué que le critère de causalité juridique énoncé dans l’arrêt *Smithers c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 506, s’applique au meurtre au deuxième degré. Il a jugé que les distinctions entre le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré n’entrent en jeu qu’à l’étape de la détermination de la peine, une fois qu’il a été établi qu’un meurtre a été commis. Pour étayer le point de vue selon lequel la disposition relative au meurtre au premier degré concerne essentiellement la détermination de la peine, le juge Lambert a mentionné l’arrêt de notre Cour *R. c. Farrant*, [1983] 1 R.C.S. 124, qui a été approuvé et appliqué dans l’arrêt *R. c. Harbottle*, [1993] 3 R.C.S. 306.

28

29

30

With regard to the causation standard of “substantial cause” set out in *Harbottle*, Lambert J.A. made five observations. First, *Harbottle* settles that the standard of causation for first degree murder under s. 231(5) (formerly s. 214(5)) of the *Criminal Code* is whether the acts of the accused were a “substantial cause” of the death. Second, *Harbottle* confirms that the jury must first find that murder has been committed before considering whether there should be a conviction for first degree murder on the basis of the substantial cause test. Third, *Harbottle* contrasts the *Smithers* causation test with the much higher *Harbottle* standard. Fourth, the *Harbottle* standard does not apply to the offence of killing a police officer or prison guard under s. 231(4) of the *Code*. Finally, Lambert J.A. concluded that this Court in *Harbottle* expressly chose not to decide the standard of causation for second degree murder since it was not necessary to do so in the context of that case. Furthermore, he found that it was implicit in *Harbottle* that the substantial cause test was not applicable to second degree murder and that *Harbottle* leaves open the question of what standard applies to second degree murder.

31

Lambert J.A. then referred to two decisions of the Ontario Court of Appeal rendered subsequent to *Harbottle* which dealt squarely with the issue of the standard of causation for second degree murder. In the first case, *R. v. Cribbin* (1994), 17 O.R. (3d) 548, the Court of Appeal held that the *Smithers* test was the appropriate standard to support a conviction of second degree murder and was essentially the same as the standard in England or Australia, although different terminology was used to express the standard. In the second case, *R. v. Meiler* (1999), 136 C.C.C. (3d) 11, the Court of Appeal also concluded that the *Smithers* test was the proper test for second degree murder.

Le juge Lambert a formulé cinq observations au sujet du critère de la « cause substantielle » énoncé dans l’arrêt *Harbottle*. Premièrement, l’arrêt *Harbottle* établit que le critère de causalité applicable au meurtre au premier degré prévu au par. 231(5) (auparavant par. 214(5)) du *Code criminel* consiste à déterminer si les actes de l’accusé ont constitué une « cause substantielle » du décès. Deuxièmement, cet arrêt confirme que le jury doit d’abord conclure qu’un meurtre a été commis avant de se demander s’il y a lieu de rendre un verdict de meurtre au premier degré en fonction du critère de la cause substantielle. Troisièmement, l’arrêt *Harbottle* compare le critère de causalité de l’arrêt *Smithers* avec le critère beaucoup plus exigeant qu’il établit. Quatrièmement, le critère de l’arrêt *Harbottle* ne s’applique pas au meurtre d’un policier ou d’un gardien de prison, dont il est question au par. 231(4) du *Code*. Enfin, le juge Lambert a conclu que, dans l’arrêt *Harbottle*, notre Cour avait expressément choisi de ne pas se prononcer sur le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré étant donné qu’elle n’avait pas à le faire dans le contexte de cette affaire. De plus, il a estimé qu’il ressortait implicitement de l’arrêt *Harbottle* que le critère de la cause substantielle ne s’appliquait pas au meurtre au deuxième degré et que cet arrêt n’avait pas tranché la question du critère applicable à un tel meurtre.

Le juge Lambert a ensuite mentionné deux arrêts postérieurs à *Harbottle*, dans lesquels la Cour d’appel de l’Ontario a examiné directement la question du critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré. Dans le premier arrêt, *R. c. Cribbin* (1994), 17 O.R. (3d) 548, la Cour d’appel a statué que le critère de l’arrêt *Smithers* était celui qu’il fallait appliquer pour pouvoir prononcer une déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré et que, malgré sa formulation différente, il correspondait, pour l’essentiel, à celui qui s’applique en Angleterre ou en Australie. Dans le deuxième arrêt, *R. c. Meiler* (1999), 136 C.C.C. (3d) 11, la Cour d’appel a également conclu que le critère de l’arrêt *Smithers* était celui qui devait être appliqué au meurtre au deuxième degré.

In describing the *Smithers* standard of causation, Lambert J.A. concluded that the phrase “a contributing cause that is not trivial or insignificant” (para. 29) reflected the applicable standard without resort to the use of Latin in the *Smithers* phrase of “beyond *de minimis*”. He further found that a cause that is “not insignificant” can be expressed positively as a cause that is “significant” and that it would therefore be correct to describe the *Smithers* standard as a “significant contributing cause”. He then compared the *Smithers* standard to a number of English and Australian cases, and decided that the significant contribution test used in those cases was essentially the same as the *Smithers* test.

In support of his conclusion that the *Smithers* test was the applicable standard of causation for second degree murder, Lambert J.A. noted that it would be difficult to formulate a meaningful intermediate test of causation which would be less than the *Harbottle* standard, but more than the *Smithers* standard, and which could be conveyed to a jury in such a way that they could realistically apply it to the facts. As well, he concluded that the *Smithers* significant contributing cause test is legally sound and not inconsistent with the objectives of the criminal law in relation to moral blameworthiness for the offence of murder. He also concluded that, in addressing an issue that has not been decided by the Supreme Court of Canada, he would not depart from the decisions of the Ontario Court of Appeal unless he was convinced that they were wrongly decided or that their application would lead to a miscarriage of justice.

Lambert J.A. noted that in charging the jury on the *Smithers* standard, the trial judge twice referred to the standard incorrectly as a “slight or trivial” cause instead of “a cause that is more than trivial”. Lambert J.A. concluded that, considered as a whole,

En décrivant le critère de causalité de l’arrêt *Smithers*, le juge Lambert a conclu que les mots [TRADUCTION] « cause ayant contribué d’une façon qui n’est pas négligeable ou insignifiante » (par. 29) reflétaient le critère applicable sans qu’il soit nécessaire de recourir à l’expression latine « *de minimis* » utilisée dans la version anglaise de l’arrêt *Smithers*. Il a en outre estimé que l’on peut désigner une cause « qui n’est pas insignifiante » en utilisant la forme affirmative pour parler plutôt d’une cause « appréciable », et qu’il serait donc approprié de décrire le critère de l’arrêt *Smithers* comme étant celui de la « cause ayant contribué de façon appréciable » (« *significant contributing cause* »). Il a ensuite comparé le critère de l’arrêt *Smithers* à celui appliqué dans un certain nombre d’autres décisions rendues en Angleterre et en Australie, et a décidé que le critère de la contribution appréciable utilisé dans ces affaires était essentiellement le même que le critère de l’arrêt *Smithers*.

Pour étayer sa conclusion que le critère de causalité établi dans l’arrêt *Smithers* s’appliquait au meurtre au deuxième degré, le juge Lambert a souligné qu’il serait difficile de formuler un critère intermédiaire utile qui serait moins exigeant que celui de l’arrêt *Harbottle*, mais plus exigeant que celui de l’arrêt *Smithers*, et qui pourrait être expliqué à un jury d’une façon qui lui permettrait de l’appliquer d’une façon réaliste aux faits. De même, il a conclu que le critère de la cause ayant contribué de façon appréciable, établi dans l’arrêt *Smithers*, est fondé en droit et n’est pas incompatible avec les objectifs du droit criminel en ce qui concerne la culpabilité morale requise pour qu’il y ait meurtre. Il a également déclaré qu’en examinant une question non tranchée par la Cour suprême du Canada il ne s’écarterait des arrêts de la Cour d’appel de l’Ontario que s’il était convaincu qu’ils sont erronés ou que leur application entraînerait une erreur judiciaire.

Le juge Lambert a fait remarquer que, dans son exposé au jury sur le critère de l’arrêt *Smithers*, le juge du procès a, à deux reprises, décrit erronément le critère applicable comme étant celui de la cause [TRADUCTION] « mineure ou négligeable » plutôt

32

33

34

the charge was correct and the jury could not have been misled by the two slips of the tongue.

35 Having concluded that the trial judge charged the jury correctly on the causation standard for second degree murder, Lambert J.A. found it unnecessary to address the question of whether there was an air of reality to counsel for the appellant's argument that it might have made a difference in the verdict if the jury had been told that the applicable causation standard was the *Harbottle* standard and not the *Smithers* standard.

(2) Braidwood J.A.

36 Braidwood J.A. wrote brief reasons in which he concurred with Lambert J.A.'s conclusion that the trial judge did not misdirect the jury in relation to the standard of causation. In addition, Braidwood J.A. concluded that, in the circumstances of the case, there was no air of reality to the suggestion that the standard of causation on which the jury was instructed could possibly have altered the result.

(3) McEachern C.J.B.C.

37 McEachern C.J.B.C. concurred with Lambert J.A. in the result, but for different reasons. McEachern C.J.B.C. reviewed the decisions of this Court in *Farrant*, *supra*, *Smithers*, *supra*, and *Harbottle*, *supra*, and concluded that in *Harbottle* this Court intended to establish a similar test of causation for both first and second degree murder. McEachern C.J.B.C. agreed with the submissions of counsel for the accused that the *Harbottle* test of "substantial cause" applied to both first and second degree murder. He found that the trial judge erred in telling the jury that the *Smithers* beyond *de minimis* standard applied to second degree murder.

38 However, on the facts of the case, McEachern C.J.B.C. concluded that a conviction for second degree murder was inevitable regardless of how

que celui de la « cause ayant contribué d'une façon plus que négligeable ». Il a conclu que, dans l'ensemble, l'exposé était correct et que ces deux lapsus ne pouvaient pas avoir induit en erreur le jury.

Ayant décidé que le juge du procès avait donné au jury des directives correctes sur le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré, le juge Lambert a considéré qu'il n'était pas nécessaire d'examiner la question de savoir si, comme l'avait fait valoir l'avocat de l'appelant, le jury aurait vraisemblablement pu rendre un verdict différent si on lui avait dit que le critère de causalité applicable était celui de l'arrêt *Harbottle* et non pas celui de l'arrêt *Smithers*.

(2) Le juge Braidwood

Le juge Braidwood a rédigé de brefs motifs dans lesquels il a souscrit à la conclusion du juge Lambert que le juge du procès n'a pas donné au jury des directives erronées sur le critère de causalité. De plus, il a conclu que, dans le contexte de la présente affaire, il était invraisemblable que le critère de causalité sur lequel le jury avait reçu des directives ait pu modifier le résultat.

(3) Le juge en chef McEachern

Le juge en chef McEachern a souscrit à la conclusion du juge Lambert, mais pour des motifs différents. Il a examiné les arrêts de notre Cour *Farrant*, *Smithers* et *Harbottle*, précités, et a conclu que, dans l'arrêt *Harbottle*, notre Cour avait voulu établir un critère de causalité similaire pour le meurtre au premier degré et pour le meurtre au deuxième degré. Il a retenu l'argument de l'avocat de l'accusé selon lequel le critère de la « cause substantielle » de l'arrêt *Harbottle* s'appliquait tant au meurtre au premier degré qu'au meurtre au deuxième degré. Il a statué que le juge du procès avait commis une erreur en disant au jury que le critère de la cause ayant contribué de façon plus que mineure, établi dans l'arrêt *Smithers*, s'appliquait au meurtre au deuxième degré.

Cependant, le juge en chef McEachern a décidé que, compte tenu des faits de l'affaire, une déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré

the standard of causation for second degree murder was conveyed to the jury. McEachern C.J.B.C. therefore concluded that the curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) should be applied and that the appeal should be dismissed.

V. Issues

The only issue on this appeal is the standard of causation for second degree murder and how the applicable standard should be explained to the jury.

VI. Analysis

A. *Introduction*

There is no issue raised in this appeal with respect to the charge on first degree murder or manslaughter. The appellant's only ground of appeal is the propriety of the charge on second degree murder and, specifically, the applicable standard of causation for second degree murder. The appellant's position is that there is one standard of causation applicable to all forms of homicide and that the standard should be conveyed to the jury by using the words "substantial cause" that this Court said applied to the offence of first degree murder under s. 231(5) of the *Criminal Code* in *Harbottle*. The appellant says that the trial judge erred in effectively instructing the jury that the *Smithers* standard of "beyond *de minimis*" applied to the offence of second degree murder. Had the jurors been properly instructed on the standard of causation applicable to second degree murder, says the appellant, they might have acquitted the appellant on the second degree murder charge. The appellant therefore submits that the appeal should be allowed and a new trial ordered on the ground that the trial judge misdirected the jury on the standard of causation applicable to second degree murder.

The respondent and the intervener Attorney General for Ontario submit that the applicable standard for second degree murder is the standard of "beyond *de minimis*" articulated in *Smithers*,

était inévitable peu importe la façon dont le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré avait été expliqué au jury. Il a donc conclu qu'il y avait lieu d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) et de rejeter l'appel.

V. Les questions en litige

La seule question en litige dans le présent pourvoi est celle du critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré et la façon dont ce critère doit être expliqué au jury.

VI. Analyse

A. *Introduction*

En l'espèce, aucune question n'est soulevée relativement à l'exposé sur le meurtre au premier degré ou l'homicide involontaire coupable. Le seul moyen d'appel invoqué par l'appelant concerne la justesse de l'exposé sur le meurtre au deuxième degré et, plus particulièrement, le critère de causalité applicable à un tel meurtre. L'appelant fait valoir qu'un seul critère de causalité s'applique à toutes les formes d'homicide et que, pour expliquer ce critère au jury, l'on devrait utiliser l'expression « cause substantielle » qui, selon notre Cour dans l'arrêt *Harbottle*, s'applique au meurtre au premier degré prévu au par. 231(5) du *Code criminel*. L'appelant affirme que le juge du procès a commis une erreur en disant au jury que le critère de la cause ayant contribué « de façon plus que mineure », établi dans l'arrêt *Smithers*, s'appliquait à l'infraction de meurtre au deuxième degré. Il prétend que, s'ils avaient eu des directives appropriées sur le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré, les jurés l'auraient peut-être acquitté relativement à l'accusation de meurtre au deuxième degré. L'appelant soutient donc que le pourvoi devrait être accueilli et la tenue d'un nouveau procès ordonné pour le motif que le juge du procès a donné au jury des directives erronées sur le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré.

L'intimée et l'intervenant le procureur général de l'Ontario font valoir que le critère applicable au meurtre au deuxième degré est celui de la cause ayant contribué « de façon plus que mineure » qui

39

40

41

supra. Their position is that the “substantial cause” test of causation is a higher standard of causation that only applies to the offence of first degree murder under s. 231(5) of the *Criminal Code*. As well, the Attorney General for Ontario submits that the higher *Harbottle* standard also applies to first degree murder under s. 231(6) of the *Criminal Code*, which uses the same terminology of “caused by that person” found in s. 231(5) in relation to murder committed in the course of criminal harassment. The respondent and intervener therefore say that the trial judge properly charged the jury on the applicable standard of causation in relation to second degree murder and that the appeal should accordingly be dismissed.

a été formulé dans l’arrêt *Smithers*, précité. Ils soutiennent que le critère de la « cause substantielle » est un critère de causalité plus exigeant qui ne s’applique qu’à l’infraction de meurtre au premier degré prévue au par. 231(5) du *Code criminel*. De même, le procureur général de l’Ontario affirme que le critère plus exigeant de l’arrêt *Harbottle* s’applique aussi au meurtre au premier degré prévu au par. 231(6) du *Code criminel*, où les termes « lorsque celle-ci cause la mort » utilisés relativement au meurtre commis dans le cadre d’un harcèlement criminel sont semblables à ceux utilisés au par. 231(5) (« lorsque la mort est causée par cette personne »). L’intimée et l’intervenant affirment donc que le juge du procès a donné au jury des directives appropriées sur le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré et que le pourvoi devrait, par conséquent, être rejeté.

42 While the standard of causation for second degree murder has not been raised squarely before this Court until now, it was before the Ontario Court of Appeal in *Cribbin*, *supra*, and *Meiler*, *supra*. In both of these cases, the *Smithers* standard of “beyond *de minimis*” was expressly approved of in relation to a charge of second degree murder.

Bien que la question du critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré n’ait pas été soulevée directement devant notre Cour jusqu’à maintenant, elle l’a été devant la Cour d’appel de l’Ontario dans les affaires *Cribbin* et *Meiler*, précitées. Dans les deux cas, le critère de la cause ayant contribué « de façon plus que mineure », établi dans l’arrêt *Smithers*, a été expressément approuvé relativement à une accusation de meurtre au deuxième degré.

B. *The Standard of Causation for Homicide Offences*

B. *Le critère de causalité applicable aux infractions d’homicide*

43 The parties and intervener on this appeal characterize the decision required of this Court in the present case as a choice between the terminology of “beyond *de minimis*” on the one hand and “substantial cause” on the other in describing the standard of causation for second degree murder to the jury. In my view, this characterization does not properly reflect the decision that is required in this case. It confuses the question of what the standard of causation for second degree murder is with the question of how the standard of causation for second degree murder should be expressed in charging the jury. In my view, these two separate questions are best dealt with sequentially.

Selon les parties et l’intervenant, notre Cour doit décider en l’espèce laquelle des expressions « cause ayant contribué de façon plus que mineure » (« *beyond de minimis* ») et « cause substantielle » doit être utilisée pour décrire au jury le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré. Selon moi, cette approche ne traduit pas correctement la décision qui doit être prise en l’espèce. Elle confond la question de savoir quel est le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré et celle de la façon dont ce critère doit être expliqué au jury. À mon avis, il est préférable d’examiner ces deux questions l’une après l’autre.

In determining whether a person can be held responsible for causing a particular result, in this case death, it must be determined whether the person caused that result both in fact and in law. Factual causation, as the term implies, is concerned with an inquiry about how the victim came to his or her death, in a medical, mechanical, or physical sense, and with the contribution of the accused to that result. Where factual causation is established, the remaining issue is legal causation.

Legal causation, which is also referred to as imputable causation, is concerned with the question of whether the accused person should be held responsible in law for the death that occurred. It is informed by legal considerations such as the wording of the section creating the offence and principles of interpretation. These legal considerations, in turn, reflect fundamental principles of criminal justice such as the principle that the morally innocent should not be punished: see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 513; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, at p. 652-53; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, at p. 336; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3, at p. 17; *Cribbin*, *supra*, at p. 568. In determining whether legal causation is established, the inquiry is directed at the question of whether the accused person should be held criminally responsible for the consequences that occurred. The nature of the inquiry at the stage of determining legal causation is expressed by G. Williams as follows in his *Textbook of Criminal Law* (2nd ed. 1983), at pp. 381-82, quoted in *Cribbin*, at p. 568:

When one has settled the question of but-for causation, the further test to be applied to the but-for cause in order to qualify it for legal recognition is not a test of causation but a moral reaction. The question is whether the result can fairly be said to be imputable to the defendant. . . . If the term “cause” must be used, it can best be distinguished in this meaning as the “imputable” or “responsible” or “blamable” cause, to indicate the value-judgment involved. The word “imputable” is here chosen as best representing the idea. Whereas the but-for cause can generally be demonstrated scientifically, no experiment can be devised to show that one of a number of concurring but-for causes is more substantial or important than another, or that one person who is

Pour déterminer si une personne peut être tenue responsable d’un résultat donné, en l’espèce la mort, il faut d’abord décider si elle a causé ce résultat en fait et en droit. Pour établir la causalité factuelle, il faut examiner, comme le laisse entendre cette expression, comment la victime est morte sur le plan médical, technique ou physique, et comment l’accusé a contribué à ce résultat. Une fois la causalité factuelle établie, il reste à examiner la causalité juridique.

Pour établir la causalité juridique, également connue sous le nom de causalité imputable (« *imputable causation* »), il faut se demander si l’accusé devrait être tenu responsable en droit du décès qui est survenu. Ce type de causalité repose sur des considérations juridiques telles que le libellé de l’article créant l’infraction et les principes d’interprétation. Ces considérations juridiques reflètent par ailleurs les principes fondamentaux de la justice criminelle, comme celui voulant que les personnes moralement innocentes ne soient pas punies : voir *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 513; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, p. 652-653; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, p. 336; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, p. 17; *Cribbin*, précité, p. 568. Pour déterminer si la causalité juridique a été établie, il faut se demander si l’accusé devrait être tenu criminellement responsable des conséquences qui ont résulté. Dans son ouvrage intitulé *Textbook of Criminal Law* (2^e éd. 1983), p. 381-382, cité dans l’arrêt *Cribbin*, p. 568, G. Williams décrit la nature de l’analyse qui doit être effectuée pour établir la causalité juridique :

[TRADUCTION] Une fois réglée la question de la causalité de type « n’eût été » ou « *sine qua non* », il faut appliquer un critère non pas de causalité mais de réaction morale à la cause *sine qua non* pour qu’elle puisse être reconnue sur le plan juridique. Il faut se demander si on peut dire à juste titre que le résultat est imputable au défendeur. [. . .] Si l’on doit utiliser le mot « cause », il convient alors d’y rattacher les termes « imputable », « responsable » ou « blâmable » pour traduire le jugement de valeur porté. C’est le mot « imputable » qui nous paraît le mieux traduire cette idée. Alors que l’existence d’une cause *sine qua non* peut généralement être démontrée scientifiquement, aucune méthode scientifique ne peut permettre d’établir que l’une des multiples causes

involved in the causal chain is more blameworthy than another.

46

In a given case, the jury does not engage in a two-part analysis of whether both factual and legal causation have been established. Rather, in the charge to the jury, the trial judge seeks to convey the requisite degree of factual and legal causation that must be found before the accused can be held criminally responsible for the victim's death.

47

While causation is a distinct issue from *mens rea*, the proper standard of causation expresses an element of fault that is in law sufficient, in addition to the requisite mental element, to base criminal responsibility. The starting point in the chain of causation which seeks to attribute the prohibited consequences to an act of the accused is usually an unlawful act in itself. When that unlawful act is combined with the requisite mental element for the offence charged, causation is generally not an issue. For example, in the case of murder, where an accused intends to kill a person and performs an act which causes or contributes to that person's death, it is rare for an issue to arise as to whether the accused caused the victim's death. As I discussed in *Cribbin*, *supra*, where the jury is faced with a charge of murder and is satisfied that the accused intended to kill or intended to cause bodily harm that he knew was likely to cause death and was reckless as to whether death occurred, it will rarely be necessary for the trial judge to charge the jury on the standard of causation. In such a case, the *mens rea* requirement generally resolves any concerns about causation. It would be rare in a murder case where the intention to kill or to cause bodily harm likely to cause death is proven for the accused to be able to raise a doubt that, while he intended the result that occurred, he did not cause the intended result. Where it is established that the accused had the subjective foresight of death or serious bodily harm likely to cause death required to sustain a murder conviction, as opposed to the lower manslaughter requirement of objective foreseeability of serious bodily harm, it would be unusual for an issue of causation to arise. Assuming a case arose where

concourantes *sine qua non* est plus substantielle ou importante qu'une autre, ou qu'une personne impliquée dans le lien de causalité est plus blâmable qu'une autre.

Dans une affaire donnée, le jury n'effectue pas une analyse à deux volets pour déterminer si la causalité factuelle et la causalité juridique ont été établies. Au contraire, dans son exposé au jury, le juge du procès essaie d'expliquer le lien de causalité requis, tant sur le plan factuel que sur le plan juridique, pour que l'accusé puisse être tenu criminellement responsable de la mort de la victime.

Bien que la causalité soit une question distincte de la *mens rea*, le critère de causalité approprié comporte un élément de faute qui, outre l'élément moral requis, est suffisant en droit pour conclure à la responsabilité criminelle. C'est un acte illégal en soi qui constitue habituellement le premier maillon du lien de causalité qui permet d'attribuer les conséquences prohibées à un acte de l'accusé. Lorsque cet acte illégal est accompagné de l'élément moral requis pour l'infraction reprochée, la question de la causalité ne se pose généralement pas. Par exemple, dans le cas d'un meurtre, lorsqu'un accusé a l'intention de tuer une personne et commet un acte qui cause la mort de cette personne ou y contribue, la question de savoir si l'accusé a causé la mort de la victime se pose rarement. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Cribbin*, précité, le juge du procès a rarement besoin de donner des directives sur le critère de causalité au jury lorsque celui-ci est saisi d'une accusation de meurtre et est convaincu que l'accusé avait l'intention de tuer ou d'infliger des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer la mort et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non. Dans un tel cas, l'exigence de *mens rea* règle habituellement toute question qui se pose en matière de causalité. Dans le cas d'un meurtre où l'intention de tuer ou d'infliger des lésions corporelles de nature à causer la mort a été établie, l'accusé est rarement en mesure de susciter un doute en faisant valoir que, même s'il souhaitait le résultat qui s'est produit, il ne l'a pas causé. La question de la causalité se pose rarement lorsqu'il est établi que l'accusé a prévu subjectivement la mort ou les lésions corporelles graves de nature à causer la mort, laquelle prévision subjective est requise pour

intention was established but causation was not proven, a proper verdict might be attempted murder: *Cribbin*, at p. 564.

The law of causation is in large part judicially developed, but is also expressed, directly or indirectly, in provisions of the *Criminal Code*. For example, s. 225 of the *Code* provides that where a person causes bodily injury that is in itself dangerous and from which death results, that person causes the death notwithstanding that the immediate cause of death is proper or improper treatment. Similarly, ss. 222(5)(c) and 222(5)(d) provide that a person commits culpable homicide where he causes the death of a person by causing that person, by threats, fear of violence or by deception, to do anything that causes his death or by wilfully frightening a child or sick person. These statutory provisions and others like them in the *Code* preempt any speculation as to whether the act of the accused would be seen as too remote to have caused the result alleged, or whether the triggering of a chain of events was then interrupted by an intervening cause which serves to distance and exonerate the accused from any responsibility for the consequences. Where the factual situation does not fall within one of the statutory rules of causation in the *Code*, the common law general principles of criminal law apply to resolve any causation issues that may arise.

In light of the statutory rules mentioned above, and in light of general principles of criminal responsibility, the civil law of causation is of limited assistance. The criminal law does not recognize contributory negligence, nor does it have any mechanism to apportion responsibility for the harm occasioned by criminal conduct, except as part of

justifier une déclaration de culpabilité de meurtre, au lieu de l'exigence moindre de la prévisibilité objective des lésions corporelles graves qui s'applique à l'homicide involontaire coupable. Dans le cas où l'intention, mais non l'existence d'un lien de causalité, serait établie, il pourrait convenir de rendre un verdict de culpabilité de tentative de meurtre : *Cribbin*, p. 564.

Les règles de droit applicables en matière de causalité sont en grande partie établies par les tribunaux, mais elles se dégagent aussi, directement ou indirectement, des dispositions du *Code criminel*. Par exemple, l'art. 225 du *Code* prévoit que, lorsqu'une personne cause une blessure corporelle qui est en elle-même de nature dangereuse et dont résulte la mort, elle cause la mort peu importe que la cause immédiate de la mort soit un traitement convenable ou impropre. De même, les sous-al. 222(5)c) et 222(5)d) prévoient qu'une personne commet un homicide coupable lorsqu'elle cause la mort d'une autre personne en portant cette dernière, par des menaces ou la crainte de quelque violence, ou par la supercherie, à faire quelque chose qui cause sa mort, ou en effrayant volontairement un enfant ou une personne malade. Ces dispositions législatives et d'autres dispositions semblables du *Code* empêchent de conjecturer sur la question de savoir si l'acte de l'accusé serait considéré comme étant trop éloigné pour avoir causé le résultat allégué, ou si la suite d'événements a été interrompue par une cause subséquente qui permet de dégager l'accusé de toute responsabilité relative aux conséquences. Lorsque la situation factuelle n'est pas visée par l'une des règles du *Code* applicables en matière de causalité, les principes généraux de common law régissant le droit criminel s'appliquent pour trancher toute question qui peut se poser en matière de causalité.

Compte tenu des règles législatives susmentionnées et des principes généraux de la responsabilité criminelle, les règles de droit civil applicables en matière de causalité ne sont pas d'un grand secours. Le droit criminel ne reconnaît pas la négligence contributive et ne comporte aucun mécanisme de partage de la responsabilité relative au préjudice

sentencing after sufficient causation has been found. In the same way it provides for the possibility of attributing responsibility through the law of attempt, which has no equivalent in the civil context. As a result, I do not find the appellant's submissions relating to the civil standard of causation to be helpful in elucidating the applicable criminal standard.

résultant d'une conduite criminelle, sauf dans le contexte de la détermination de la peine une fois que l'existence d'un lien de causalité suffisant a été établie. De même, il prévoit la possibilité d'imputer une responsabilité au moyen des règles de droit applicables à la tentative d'infraction, qui n'ont pas d'équivalent en matière civile. En conséquence, je ne considère pas que les arguments de l'appelant relatifs au critère de causalité applicable en matière civile sont utiles pour élucider le critère qui s'applique en matière criminelle.

50

In determining whether an accused is guilty of first or second degree murder, the first step for the trier of fact is to determine whether murder has been committed, pursuant to ss. 229 or 230 of the *Criminal Code*: *Farrant, supra*, at p. 141. Once this has been established, the remaining question is whether the offence should be classified as first or second degree murder in accordance with the criteria set out in s. 231 of the *Code*, which is, in essence, a sentencing provision: *Farrant, supra*; *R. v. Droste*, [1984] 1 S.C.R. 208; *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618; *R. v. Arkell*, [1990] 2 S.C.R. 695; *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711, and *Harbottle, supra*. Where, as here, the Crown relies on s. 231(5) of the *Code*, the jury must first find that the accused is guilty of murder before moving on to a consideration of whether the accused's participation in the underlying offence and in the killing of the victim was so direct and substantial that a conviction for first degree murder is appropriate.

Pour décider si un accusé est coupable de meurtre au premier degré ou de meurtre au deuxième degré, le juge des faits doit commencer par déterminer s'il y a eu meurtre aux termes de l'art. 229 ou de l'art. 230 du *Code criminel* : *Farrant*, précité, p. 141. Dès qu'il a fait cela, il lui reste à décider s'il y a lieu de qualifier l'infraction commise de meurtre au premier degré ou de meurtre au deuxième degré selon les critères exposés à l'art. 231 du *Code*, qui est essentiellement une disposition relative à la détermination de la peine : *Farrant*, précité; *R. c. Droste*, [1984] 1 R.C.S. 208; *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618; *R. c. Arkell*, [1990] 2 R.C.S. 695; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711, et *Harbottle*, précité. Lorsque le ministère public invoque, comme en l'espèce, le par. 231(5) du *Code*, le jury doit d'abord conclure que l'accusé est coupable de meurtre avant d'examiner si sa participation à l'infraction sous-jacente et au meurtre de la victime a été si directe et substantielle qu'il convient de le déclarer coupable de meurtre au premier degré.

C. *Did Harbottle Raise the Standard of Causation?*

C. *L'arrêt Harbottle a-t-il haussé le critère de causalité?*

51

This Court has previously examined the issue of causation in the homicide context in relation to manslaughter in *Smithers, supra*, and in relation to first degree murder under s. 231(5) of the *Code* in *Harbottle, supra*. In considering causation in relation to second degree murder in the present cause, it is helpful to first discuss the facts and legal principles set out in *Smithers* and *Harbottle*, before moving on to a consideration of whether *Harbottle* raised the standard of causation for first

Notre Cour a déjà examiné la question de la causalité en matière d'homicide dans l'arrêt *Smithers*, précité, relativement à l'homicide involontaire coupable, et dans l'arrêt *Harbottle*, précité, relativement au meurtre au premier degré prévu au par. 231(5) du *Code*. En examinant la question de la causalité dans le contexte du meurtre au deuxième degré en l'espèce, il est utile de commencer par analyser les faits et les principes juridiques énoncés dans les arrêts *Smithers* et *Har-*

degree murder under s. 231(5) of the *Code* only or for homicide offences generally.

In *Smithers*, the appellant and victim became engaged in a physical altercation following a heated and rough junior hockey game. The appellant gave the victim one or two punches to the head and then, while the victim was doubled over, gave the victim one hard, fast kick in the stomach. Within a few minutes of the kick, the victim was dead. An autopsy revealed that death had occurred from aspiration of vomit, which was an extremely rare occurrence resulting from the malfunctioning of the victim's epiglottis. The Crown's theory was that the kick had precipitated the vomiting and the aspiration of the vomit, and that the appellant had accordingly caused the victim's death. The jury convicted the appellant of manslaughter and the Ontario Court of Appeal dismissed the appellant's appeal.

Two grounds of appeal were raised by the appellant before this Court in *Smithers*. On the first ground, the appellant argued that the trial judge had not made it clear to the jury that the act of assault must also have caused the death of the deceased. Dickson J., as he then was, writing for the Court, concluded that the issue as to the cause of death was properly and sufficiently delineated by the trial judge in charging the jury. On the second ground of appeal, the appellant argued that the Court of Appeal had erred in holding that there was evidence on which the jury could find that the kick had caused the death. This ground of appeal was also rejected by Dickson J. as follows (at p. 519):

In answer to this question it may shortly be said that there was a very substantial body of evidence, both expert and lay, before the jury indicating that the kick was at least a contributing cause of death, outside the *de minimis* range, and that is all that the Crown was required to establish. It is immaterial that the death was in part caused by a malfunctioning epiglottis to

bottle, avant de se demander si l'arrêt *Harbottle* a haussé le critère de causalité en ce qui concerne le meurtre au premier degré prévu au par. 231(5) du *Code* seulement, ou s'il l'a fait en ce qui concerne les infractions d'homicide en général.

Dans l'affaire *Smithers*, l'appelant et la victime avaient eu une empoignade après un match de hockey junior rude et chaudement disputé. L'appelant avait donné un ou deux coups de poing à la tête de la victime et, pendant que celle-ci était courbée, il lui avait asséné un violent et rapide coup de pied à l'abdomen. La victime était décédée quelques minutes après avoir reçu ce coup de pied. L'autopsie avait révélé que la mort était due à l'aspiration de vomissure, un phénomène extrêmement rare résultant du mauvais fonctionnement de l'épiglotte de la victime. La thèse du ministère public était que le coup de pied avait provoqué le vomissement et l'aspiration de vomissure, et que l'appelant avait donc causé la mort de la victime. Le jury a déclaré l'appelant coupable d'homicide involontaire coupable et la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel interjeté par l'appelant.

Dans l'affaire *Smithers*, l'appelant a invoqué deux moyens d'appel devant notre Cour. Premièrement, il a fait valoir que le juge du procès n'avait pas expliqué clairement au jury que les voies de fait devaient avoir également causé la mort de la victime. Le juge Dickson, plus tard Juge en chef, a rédigé les motifs de la Cour et a conclu que le juge du procès avait convenablement et suffisamment exposé au jury la question qui se posait relativement à la cause du décès. Deuxièmement, l'appelant a soutenu que la Cour d'appel s'était trompée en décidant que le jury disposait d'éléments de preuve lui permettant de conclure que le coup de pied avait causé la mort. Le juge Dickson a également rejeté ce moyen d'appel (à la p. 519) :

À cette question on peut répondre brièvement que témoins experts et ordinaires ont fourni au jury un ensemble de preuves très considérable indiquant que le coup de pied avait pour le moins contribué à la mort, de façon plus que mineure, et que c'est tout ce que le ministère public avait à établir. Il importe peu que la mort ait été causée en partie par un mauvais

52

53

which malfunction the appellant may, or may not, have contributed.

54

Since *Smithers*, the terminology of “beyond *de minimis*” or “more than a trivial cause” has been used interchangeably with “outside the *de minimis* range” to charge juries as to the relevant standard of causation for all homicide offences, be it manslaughter or murder. The standard of causation was more recently revisited by this Court in *Harbottle*, *supra*, in relation to a conviction of first degree murder under s. 214(5) (now s. 231(5)) of the *Criminal Code*. *Harbottle* involved the rape, forcible confinement and killing of a young woman. The appellant and his accomplice forcibly confined the victim and the appellant watched as his accomplice brutally sexually assaulted her and mutilated her with a knife. His accomplice then proceeded to kill the victim, first trying to slash her wrists and, when that proved unsuccessful, strangling her with her brassiere. To stop the victim from kicking to defend herself, the appellant held down her legs so that his accomplice could succeed in strangling her.

55

The trial judge in *Harbottle* charged the jury on first degree murder on the basis of planning and premeditation and also on the basis of the murder having been committed while the victim was being sexually assaulted or forcibly confined pursuant to s. 214(5) of the *Code*. The issue before this Court was whether the trial judge had properly charged the jury with respect to s. 214(5). The appellant conceded that he was a party to the murder of the victim while participating in her forcible confinement or sexual assault, but he argued that the words “caused by that person” in s. 214(5) of the *Code* meant that he could only be found guilty of first degree murder if his actions in holding down the victim’s legs were the diagnostic cause of death. The medical evidence revealed that the diagnostic cause of death was asphyxia. Clearly the asphyxia was not directly caused by the holding of her legs but rather by the actions of the appellant’s

fonctionnement de l’épiglotte auquel l’appelant peut, ou non, avoir contribué.

Depuis l’arrêt *Smithers*, on utilise les expressions « cause ayant contribué de façon plus que mineure » (« *beyond de minimis* » ou « *outside the de minimis range* ») ou « cause ayant contribué d’une façon plus que négligeable » dans les directives au jury sur le critère de causalité applicable à toutes les infractions d’homicide, peu importe qu’il s’agisse d’un homicide involontaire coupable ou d’un meurtre. Notre Cour réexaminait récemment ce critère dans l’arrêt *Harbottle*, précité, relativement à une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré fondée sur le par. 214(5) (maintenant par. 231(5)) du *Code criminel*. Il était question dans cette affaire du viol, de la séquestration et du meurtre d’une jeune femme. L’appelant et son complice avaient séquestré la victime, et l’appelant avait regardé son complice agresser brutalement la victime et la mutiler avec un couteau. Son complice avait ensuite tué la victime en essayant d’abord de lui taillader les poignets et, comme il n’y arrivait pas, en l’étranglant avec son soutien-gorge. L’appelant avait tenu les jambes de la victime afin de l’empêcher de continuer de donner des coups de pied pour se défendre pendant que son complice l’étranglait.

Dans l’affaire *Harbottle*, le juge du procès a, dans son exposé au jury, fait état de la préméditation et du propos délibéré ainsi que du fait que le meurtre avait été commis pendant l’agression sexuelle ou la séquestration de la victime, tel que prévu au par. 214(5) du *Code*. Notre Cour était saisie de la question de savoir si le juge du procès avait donné au jury des directives appropriées sur le par. 214(5). L’appelant a admis qu’il avait été partie au meurtre en participant à la séquestration ou à l’agression sexuelle de la victime, mais il a soutenu que l’expression « quiconque cause la mort » au par. 214(5) du *Code* signifiait qu’il ne pouvait être reconnu coupable de meurtre au premier degré que si la mort était imputable sur le plan diagnostique au fait qu’il avait tenu les jambes de la victime. La preuve médicale a révélé que la mort était imputable sur le plan diagnostique à l’asphyxie. Il était évident que l’asphyxie résultait directement du fait que le com-

accomplice in strangling her. The Crown argued that the words “caused by that person” in s. 214(5) did not create a causation requirement distinct from the causation required for murder generally.

Cory J., writing for the Court in *Harbottle*, rejected the interpretations of both the Crown and defence as to the correct interpretation of the words “caused by that person” in s. 214(5) of the *Code*. He noted that s. 214(5) is in essence a sentencing provision, and only comes into play once the jury has found the accused guilty of murder for having caused the death of the victim. Once the jury has found the accused guilty of murder, the next step is to determine whether the accused is guilty of first degree murder under s. 214(5). In order for the accused to be found guilty under s. 214(5), with the increased stigma and sentence a conviction of first degree murder entails, Cory J. concluded that the accused must play a very active role — usually a physical role — in the killing and his actions must form an essential, substantial and integral part of the killing of the victim. Cory J. expressly stated that this substantial causation test under s. 214(5) is much higher than the *Smithers* standard of “a contributing cause of death, outside the *de minimis* range”: *Harbottle*, *supra*, at p. 324.

The appellant submits that *Harbottle* was a parties case and not a causation case and that it should not be interpreted as having adopted a more stringent legal test of causation for multiple cause cases. The appellant says that there was no debate as to what caused the victim’s death in *Harbottle*: she was strangled by the co-accused Ross. *Harbottle* was therefore not a multiple cause case, in the appellant’s submission. The real issue in *Harbottle*, says the appellant, was whether the accused had played an active enough role in the killing that he could be liable for first degree murder. What *Harbottle* did, according to the appellant, was to clarify the law on parties in the context of first degree

plice de l’appelant avait étranglé la victime et non pas du fait que l’appelant avait tenu les jambes de la victime. Le ministère public a soutenu que l’expression « quiconque cause la mort » au par. 214(5) ne créait pas une exigence de lien de causalité distincte de celle applicable au meurtre en général.

Le juge Cory, qui a rédigé les motifs de la Cour dans l’arrêt *Harbottle*, a rejeté les interprétations que le ministère public et la défense ont données de l’expression « quiconque cause la mort » au par. 214(5) du *Code*. Il a fait remarquer que le par. 214(5) est essentiellement une disposition relative à la détermination de la peine et qu’il n’entre en jeu qu’une fois que le jury a déclaré l’accusé coupable de meurtre pour avoir causé la mort de la victime. Une fois qu’il a déclaré l’accusé coupable de meurtre, le jury doit déterminer si l’accusé est coupable de meurtre au premier degré aux termes du par. 214(5). Le juge Cory a conclu que, pour qu’il puisse être déclaré coupable en vertu du par. 214(5) et faire l’objet de la stigmatisation et de la peine accrues qu’entraîne une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré, l’accusé doit avoir joué un rôle très actif — habituellement un rôle de nature physique — dans le meurtre, et ses actes doivent constituer un élément essentiel et substantiel du meurtre de la victime. Le juge Cory a expressément indiqué que ce critère de la cause substantielle aux fins du par. 214(5) est beaucoup plus exigeant que celui de la cause ayant « contribué à la mort, de façon plus que mineure », établi dans l’arrêt *Smithers* : *Harbottle*, précité, p. 324.

L’appelant soutient que, dans l’affaire *Harbottle*, il était question de parties à une infraction et non de causalité, et qu’on ne devrait pas considérer qu’on y a adopté un critère de causalité juridique plus exigeant dans les cas où il existe des causes multiples. Il affirme que, dans *Harbottle*, il n’y a eu aucun débat sur la cause de la mort de la victime : elle avait été étranglée par le coaccusé Ross. L’appelant fait donc valoir qu’il n’était pas question de causes multiples dans *Harbottle*. Il prétend que la véritable question en litige dans cette affaire était de savoir si l’accusé avait joué un rôle suffisamment actif dans le meurtre pour pouvoir être déclaré coupable de meurtre au premier degré. Selon l’appelant, l’arrêt

56

57

murder under s. 231(5) of the *Code*, not create a higher standard of causation for offences under s. 231(5). The appellant's position is that the terminology of "substantial cause" used in *Harbottle* should be used in charging the jury for all homicide offences and that it does not represent a more stringent standard of causation than the "beyond *de minimis*" standard set out in *Smithers*.

58

In oral argument, the appellant submitted that the *Smithers* test applies to all culpable homicide but that the *Smithers* test should be reformulated and "crystallized" to the specific standard of "significant" or "substantial" rather than using the *Smithers* terminology of "beyond *de minimis*" or "more than trivial". The "crystallized" test of "significant" or "substantial" cause simply clarifies the language of causation so that the jury can properly focus on the correct standard, in the appellant's submission, and does not raise the threshold of causation required. The alleged errors made by the trial judge are first that the jury was instructed on the *Smithers* standard of "more than a trivial cause" rather than the "crystallized" test of "significant" or "substantial" and, second, that the trial judge twice erred in expressing the *Smithers* standard of "more than a trivial cause" by describing it instead as a "slight or trivial cause". The appellant submits that, as a result of these errors, the trial judge incorrectly explained the standard of causation for second degree murder to the jury and the jury may therefore have failed to understand the correct standard of causation.

59

The position of the respondent and the intervenor Attorney General for Ontario is that *Harbottle* did establish an elevated causation threshold with the use of the terminology of "substantial cause"

Harbottle a clarifié le droit applicable aux parties au meurtre au premier degré visé par le par. 231(5) du *Code*, sans toutefois établir un critère de causalité plus exigeant dans le cas des infractions prévues à ce paragraphe. L'appelant est d'avis que l'expression « cause substantielle » figurant dans l'arrêt *Harbottle* devrait être utilisée dans les directives au jury relatives aux infractions d'homicide et qu'elle ne constitue pas un critère de causalité plus exigeant que celui de la « cause ayant contribué de façon plus que mineure » (« *beyond de minimis* »), établi dans l'arrêt *Smithers*.

Dans son argumentation orale, l'appelant a soutenu que le critère de l'arrêt *Smithers* s'applique à tous les homicides coupables, mais qu'il devrait être reformulé et « cristallisé » en critère explicite de la cause [TRADUCTION] « appréciable » ou « substantielle » plutôt que celui de la cause ayant contribué « de façon plus que mineure » ou « d'une façon plus que négligeable », établi dans l'arrêt *Smithers*. Selon l'appelant, le critère « cristallisé » de la cause « appréciable » ou « substantielle » ne hausse pas le critère de causalité requis; il ne fait que clarifier la terminologie du lien de causalité ce qui permet au jury de se concentrer comme il se doit sur le bon critère. Les erreurs reprochées au juge du procès sont les suivantes : premièrement, il a donné au jury des directives sur le critère de la « cause ayant contribué d'une façon plus que négligeable » établi dans l'arrêt *Smithers*, plutôt que sur le critère « cristallisé » de la cause « appréciable » ou « substantielle », et deuxièmement, il s'est trompé à deux reprises en décrivant le critère établi dans l'arrêt *Smithers* comme étant celui de la [TRADUCTION] « cause mineure ou négligeable » au lieu de la « cause ayant contribué d'une façon plus que négligeable ». L'appelant prétend qu'en raison de ces erreurs le juge du procès a mal expliqué au jury le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré et qu'il se peut donc que le jury n'ait pas compris le critère de causalité qui s'appliquait.

L'intimée et l'intervenant le procureur général de l'Ontario font valoir que l'arrêt *Harbottle* a effectivement haussé le critère de causalité en employant l'expression « cause substantielle »,

but that this elevated standard only applies to the offence of first degree murder pursuant to s. 231(5) of the *Criminal Code* and possibly also s. 231(6) of the *Code*. With respect to second degree murder and manslaughter, the respondent and intervener submit that the *Smithers* standard continues to apply.

There appears to be an inconsistency in the appellant's argument in the present case. On the one hand, he is arguing that the "substantial cause" terminology of *Harbottle* does not represent a higher standard of causation than the *Smithers* standard and that using the terminology of "substantial cause" in relation to all homicide offences would not raise the causation threshold. On the other hand, however, he is arguing that Wilkinson J.'s use of the *Smithers* terminology instead of the *Harbottle* terminology in charging the jury on second degree murder was an error of law so serious that it justifies overturning the conviction for second degree murder and ordering a new trial. If, as the appellant submits, "substantial cause" is not a higher standard of causation than the *Smithers* formulation of "beyond *de minimis*", it would seem to follow that using the *Smithers* terminology instead of the *Harbottle* terminology could not be an error of law, much less an error so serious that it should result in a new trial.

I agree with the appellant that what *Harbottle* really stresses is not solely or even primarily a higher causation requirement to raise murder to first degree murder under s. 231(5) of the *Code*, but rather the increased degree of participation required before the accused may be convicted of first degree murder under s. 231(5). However, I do not agree that the terminology of "substantial cause" should be used to describe the requisite degree of causation for all homicide offences.

mais que ce critère plus exigeant s'applique uniquement à l'infraction de meurtre au premier degré prévue au par. 231(5) et peut-être aussi à celle prévue au par. 231(6) du *Code*. Selon l'intimé et l'intervenant, le critère de l'arrêt *Smithers* continue de s'appliquer en ce qui concerne le meurtre au deuxième degré et l'homicide involontaire coupable.

L'argument avancé en l'espèce par l'appelant paraît illogique. D'une part, l'appelant prétend que l'expression « cause substantielle » utilisée dans *Harbottle* ne constitue pas un critère de causalité plus exigeant que celui de l'arrêt *Smithers* et que l'emploi de cette expression relativement à toutes les infractions d'homicide ne hausserait pas le critère de causalité. D'autre part, il soutient qu'en utilisant la terminologie de l'arrêt *Smithers* au lieu de celle de l'arrêt *Harbottle* dans ses directives au jury sur le meurtre au deuxième degré, le juge Wilkinson a commis une erreur de droit si grave qu'elle justifie d'annuler la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Si, comme le fait valoir l'appelant, la « cause substantielle » ne constitue pas un critère de causalité plus exigeant que le critère de la cause ayant contribué « de façon plus que mineure » établi dans l'arrêt *Smithers*, il semblerait alors que l'emploi de la terminologie de l'arrêt *Smithers* au lieu de celle de l'arrêt *Harbottle* ne pourrait pas être une erreur de droit et encore moins une erreur si grave qu'elle devrait entraîner la tenue d'un nouveau procès.

Je conviens avec l'appelant qu'en réalité, dans l'arrêt *Harbottle*, l'accent est mis non pas uniquement ni même principalement sur l'existence d'un lien de causalité plus exigeant pour qu'il y ait meurtre au premier degré prévu au par. 231(5) du *Code*, mais plutôt sur l'exigence d'un degré plus grand de participation de l'accusé pour qu'il puisse être déclaré coupable de meurtre au premier degré aux termes de ce paragraphe. Toutefois, je ne suis pas d'accord pour dire qu'on devrait employer l'expression « cause substantielle » pour décrire le lien de causalité requis pour toutes les infractions d'homicide.

60

61

62

Harbottle caused the victim's death within the requirements of s. 231(5) of the *Code* because he was a co-principal in the murder. The degree of participation in the killing by a party whose liability for murder is based on aiding or abetting under s. 21(1)(b) or (c) of the *Criminal Code* or common intention under s. 21(2) of the *Code*, may, under the *Harbottle* formulation, be insufficient to permit a finding that the murder amounts to first degree under s. 231(5), which requires that the murder be committed "by that person" in the course of committing the underlying offence. In the present case, the underlying offence was the unlawful confinement of Mrs. Loski. The underlying offences listed in s. 231(5) of the *Code* all involve the unlawful domination of victims. Where an accused exploits this position of power and commits murder, such an egregious crime warrants the increased stigma and sentence attached to first degree murder: see *Paré, supra*. As explained by Cory J. in *Harbottle*, in order to raise culpability to first degree murder under s. 231(5), something more is required. The "something more" is not that the accused caused more the death of the victim. What is required is that his participation in the killing be sufficiently immediate, direct and substantial to warrant the greater stigma and sentence attached to first degree murder.

63

As *Harbottle*, *Cribbin* and the present case illustrate, causation issues tend to arise in homicides involving multiple parties. Absent s. 21 of the *Criminal Code*, the attribution of criminal responsibility to an individual who aided or abetted another in the commission of the offence would indeed be problematic. However, the law of parties provides that individuals may bear criminal responsibility for the acts of another, and in that way speaks conclusively on some issues of causation. By virtue of s. 21 of the *Code*, Cory J. in *Harbottle* found it unnecessary to engage in fine distinctions as to the degree of participation of the two perpetrators in the killing. Rather, he focused on the meaning of the words "when the death is caused by that person" in s. 214(5) (now s. 231(5))

Monsieur Harbottle a causé la mort de la victime, au sens du par. 231(5) du *Code*, parce qu'il était l'un des coauteurs du meurtre. Selon le critère de l'arrêt *Harbottle*, le fait qu'une personne ait participé à un meurtre, en aidant ou en encourageant à le commettre au sens des al. 21(1)b) ou c) du *Code criminel*, ou en partageant l'intention commune prévue au par. 21(2) du *Code*, peut être insuffisant pour que l'on puisse conclure à l'existence d'un meurtre au premier degré aux termes du par. 231(5), qui prévoit que le meurtre doit être commis « par cette personne » en perpétrant l'infraction sous-jacente. En l'espèce, l'infraction sous-jacente était la séquestration de M^{me} Loski. Les infractions sous-jacentes énumérées au par. 231(5) du *Code* comportent toutes un élément de domination illégale des victimes. Lorsqu'un accusé exploite cette position de force et commet un meurtre, un crime aussi odieux justifie que son auteur fasse l'objet de la stigmatisation et de la peine accrues qui sont liées au meurtre au premier degré : voir l'arrêt *Paré*, précité. Comme l'a expliqué le juge Cory dans l'arrêt *Harbottle*, pour qu'il y ait culpabilité de meurtre au premier degré aux termes du par. 231(5), il faut quelque chose de plus. Ce « quelque chose de plus » n'est pas que l'accusé ait davantage causé la mort de la victime. Ce qui est requis c'est que sa participation au meurtre soit suffisamment immédiate, directe et substantielle pour justifier la stigmatisation et la peine accrues qui sont liées au meurtre au premier degré.

Comme les arrêts *Harbottle* et *Cribbin* ainsi que la présente affaire l'illustrent, les questions relatives à la causalité ont tendance à se poser dans les cas d'homicide impliquant plusieurs parties. Sans l'article 21 du *Code criminel*, l'imputation de la responsabilité criminelle à une personne qui a aidé ou encouragé une autre personne à commettre une infraction serait vraiment problématique. Toutefois, les règles de droit applicables aux parties à une infraction prévoient qu'une personne peut être tenue criminellement responsable des actes d'une autre personne et tranchent donc de façon définitive certaines questions relatives à la causalité. Dans l'arrêt *Harbottle*, le juge Cory a décidé qu'en raison de l'art. 21 du *Code* il n'avait pas à établir des distinctions subtiles quant au degré de participation des

in deciding whether the appellant could be found guilty of first degree murder. Cory J. concluded that the use of the word “caused” in s. 214(5) imposed an additional causation requirement separate from the causation required for the offence of murder, which comes into play once the jury has already concluded that the accused is guilty of murder for having caused the death of the victim: *Harbottle, supra*, at pp. 316-17. Although not relevant to the present appeal, I note that s. 231(6) of the *Code* also uses the wording “when the death is caused by that person” found in s. 231(5) to elevate murder to first degree murder where the murder is committed in the course of the offence of criminal harassment under s. 264 of the *Code*. Such wording is not found in s. 231(6.1) of the *Code*, which raises murder to first degree where the murder is caused while committing an offence involving the use of explosives under s. 81 of the *Code* for the benefit of a criminal organization.

Once the jury concludes that the accused has committed murder, *Harbottle* indicates that the jury should then move on to consider whether aggravating circumstances exist that justify the increased sentence and stigma of a first degree murder conviction under s. 231(5). The additional “causation” requirement under s. 231(5) does not refer to factual causation but rather to an increased degree of legal causation. In other words, once the jury has determined that the accused committed murder, which entails a finding that the accused caused the victim’s death in both factual and legal terms, it is then necessary to consider whether the moral culpability of the accused, as evidenced by his role in the killing, justifies a verdict of first degree murder. As Cory J. states in *Harbottle*, “[t]he gravity of the crime and the severity of the sentence both indicate that a substantial and high degree of blameworthiness, above and beyond that of murder, must be established in order to convict an accused of first degree murder” (p. 323 (emphasis deleted)). Such a high degree of blameworthiness would only be

deux auteurs de l’homicide. Il s’est plutôt concentré sur le sens des mots « quiconque cause la mort », figurant au par. 214(5) (maintenant par. 231(5)), pour décider si l’appelant pouvait être déclaré coupable de meurtre au premier degré. Le juge Cory a conclu que l’emploi du verbe « cause » au par. 214(5) imposait une autre exigence de lien de causalité distincte du lien de causalité requis pour l’infraction de meurtre, laquelle exigence n’entraîne en jeu qu’une fois que le jury avait conclu que l’accusé était coupable de meurtre pour avoir causé la mort de la victime : *Harbottle*, précité, p. 316-317. Bien que cela ne soit pas pertinent en l’espèce, je souligne que le par. 231(6) du *Code* utilise une formulation (« lorsque celle-ci cause la mort ») semblable à celle que l’on trouve au par. 231(5) (« lorsque la mort est causée par cette personne ») pour faire du meurtre commis en perpétrant l’infraction de harcèlement criminel prévue à l’art. 264 du *Code* un meurtre au premier degré. Ce libellé n’est pas repris au par. 231(6.1) du *Code* qui prévoit qu’un meurtre constitue un meurtre au premier degré lorsqu’il est commis au cours de la perpétration, au profit d’un gang, d’une infraction comportant l’usage d’explosifs prévue à l’art. 81 du *Code*.

L’arrêt *Harbottle* indique qu’une fois qu’il a conclu que l’accusé a commis un meurtre, le jury doit ensuite examiner s’il existe des circonstances aggravantes justifiant la stigmatisation et la peine accrues qu’entraîne une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré fondée sur le par. 231(5). L’autre exigence de « lien de causalité », qu’impose le par. 231(5), renvoie non pas à la causalité factuelle, mais plutôt à un degré accru de causalité juridique. En d’autres mots, dès que le jury décide que l’accusé a commis un meurtre, ce qui implique une conclusion que l’accusé a causé la mort de la victime tant du point de vue factuel que du point de vue juridique, il doit ensuite examiner si la culpabilité morale de l’accusé, qui ressort du rôle qu’il a joué dans le meurtre, justifie un verdict de meurtre au premier degré. Comme le juge Cory l’affirme dans l’arrêt *Harbottle*, « [l]a gravité du crime et la sévérité de la sentence indiquent tous les deux qu’il faut établir l’existence d’un degré substantiel et élevé de culpabilité, outre celle de meurtre, pour que l’accusé soit déclaré coupable de

established where the actions of the accused were found to be “an essential, substantial and integral part of the killing of the victim” (*Harbottle*, at p. 324). The terminology of “substantial cause” is used to indicate a higher degree of legal causation but it is a standard that only comes into play at the stage of deciding whether the accused’s degree of blameworthiness warrants the increased penalty and stigma of first degree murder.

65 It is clear from a reading of *Harbottle* that the “substantial cause” test expresses the increased degree of moral culpability, as evidenced by the accused person’s degree of participation in the killing, that is required before an accused can be found guilty under s. 231(5) of the *Criminal Code* of first degree murder. The increased degree of participation in the killing, coupled with a finding that the accused had the requisite *mens rea* for murder, justifies a verdict of guilty under s. 231(5) of the *Code*.

D. *Explaining the Standard of Causation to the Jury*

66 As I discussed earlier, it is important to distinguish between what the legal standard of causation is and how that standard is conveyed to the jury. The difference between these two concepts has been obscured somewhat in the present case by the parties’ focus on the terminology used to describe the standard of causation. I agree with the appellant’s submission that there is only one standard of causation for all homicide offences, whether manslaughter or murder. However, I do not agree with the appellant that the standard must be expressed for all homicide offences, including second degree murder, as one of “substantial cause” as stated in *Harbottle*. Nor must the applicable standard be expressed with the terminology of “beyond *de minimis*” used in the *Smithers* standard.

meurtre au premier degré » (p. 323 (soulignement supprimé)). L’existence d’un degré aussi élevé de culpabilité morale ne sera établie que si on conclut que les actes de l’accusé constituent « un élément essentiel et substantiel du meurtre de la victime » (*Harbottle*, p. 324). L’expression « cause substantielle » sert à exprimer un degré plus élevé de causalité juridique, mais ce critère n’entre en jeu qu’au moment de décider si le degré de culpabilité morale de l’accusé justifie la stigmatisation et la peine accrues qui sont liées au meurtre au premier degré.

À la lecture de l’arrêt *Harbottle*, il est clair que le critère de la « cause substantielle » traduit le degré plus élevé de culpabilité morale qui doit ressortir du degré de participation de l’accusé au meurtre pour qu’on puisse le déclarer coupable de meurtre au premier degré aux termes du par. 231(5) du *Code criminel*. Ce degré plus élevé de participation de l’accusé, joint à la conclusion qu’il avait la *mens rea* requise pour le meurtre, justifie un verdict de culpabilité fondé sur le par. 231(5) du *Code*.

D. *Explication au jury du critère de causalité*

Comme nous l’avons vu, il est important d’établir une distinction entre le contenu du critère juridique de causalité et la façon dont ce critère doit être expliqué au jury. La différence entre ces deux concepts a été quelque peu éclipsée en l’espèce par le fait que les parties ont mis l’accent sur la terminologie utilisée pour décrire le critère de causalité. Je retiens l’argument de l’appelant selon lequel un seul critère de causalité s’applique à toutes les infractions d’homicide, peu importe qu’il s’agisse d’un homicide involontaire coupable ou d’un meurtre. Toutefois, je ne partage pas son avis que le critère applicable à toutes les infractions d’homicide, y compris le meurtre au deuxième degré, se traduit par l’expression « cause substantielle » utilisée dans l’arrêt *Harbottle*. Le critère applicable ne doit pas non plus être décrit au moyen de la terminologie « cause ayant contribué de façon plus que mineure » (« *beyond de minimis* »), retenue en ce qui concerne le critère de l’arrêt *Smithers*.

At para. 28, Lambert J.A. took note of the various terms used to describe the relevant standard of causation for homicide offences and emphasized the need to distinguish between the concept of causation and the terminology used to express it:

As can readily be seen, there is a diversity of terminology available to describe the relevant causal connection. It is important to be guided by the concepts relevant to causality rather than by the terminology.

In his text *Canadian Criminal Law: A Treatise* (3rd ed. 1995), Professor D. Stuart quotes at p. 130 from the English case of *British Columbia Electric Railway Co. v. Loach*, [1916] A.C. 719 (P.C.), in which the court expressed scepticism that special terminology could lead to an adequate approach to the issue of causation. While made in the context of a civil action, I find the comments in that case to be applicable to the present context (at pp. 727-28):

It is surprising how many epithets eminent judges have applied to the cause, which has to be ascertained for this judicial purpose of determining liability, and how many more to other acts and incidents, which for this purpose are not the cause at all. “Efficient or effective cause,” “real cause,” “proximate cause,” “direct cause,” “decisive cause,” “immediate cause,” “*causa causans*,” on the one hand, as against, on the other, “*causa sine qua non*,” “occasional cause,” “remote cause,” “contributory cause,” “inducing cause,” “condition,” and so on. No doubt in the particular cases in which they occur they were thought to be useful or they would not have been used, but the repetition of terms without examination in other cases has often led to confusion, and it might be better, after pointing out that the inquiry is an investigation into responsibility, to be content with speaking of the cause of the injury simply and without qualification.

In describing the *Smithers* standard of causation, Lambert J.A. concluded that the phrase “a contributing cause that is not trivial or insignificant” reflected the applicable standard without the need to resort to the use of the Latin expression “beyond *de minimis*”. He further found that a cause that is “not

Au paragraphe 28, le juge Lambert relève les diverses expressions utilisées pour décrire le critère de causalité applicable aux infractions d’homicide et a insisté sur la nécessité d’établir une distinction entre le concept de causalité et la terminologie utilisée pour l’exprimer :

[TRADUCTION] Comme on peut facilement le constater, il existe diverses expressions pour décrire le lien de causalité. Il est important de se laisser guider par les concepts pertinents en la matière plutôt que par la terminologie utilisée.

À la page 130 de son ouvrage intitulé *Canadian Criminal Law : A Treatise* (3^e éd. 1995), le professeur D. Stuart cite l’arrêt anglais *British Columbia Electric Railway Co. c. Loach*, [1916] A.C. 719 (C.P.), dans lequel la cour dit douter que le recours à une terminologie particulière puisse permettre d’aborder de la bonne façon la question du lien de causalité. Bien que ces commentaires aient été faits dans le cadre d’une action civile, j’estime qu’ils s’appliquent dans le présent contexte (aux p. 727-728) :

[TRADUCTION] Il est étonnant de constater le nombre d’épithètes que des juges éminents ont utilisées pour qualifier la cause qu’ils doivent vérifier pour déterminer la responsabilité, et le nombre encore plus élevé d’épithètes qui ont été appliquées aux actes et épisodes qui ne constituent pas une cause à cette fin. D’une part, « cause véritable », « cause réelle », « cause immédiate », « cause directe », « cause déterminante », « *causa causans* » et, d’autre part, « cause *sine qua non* », « cause occasionnelle », « cause éloignée », « cause concourante », « cause déterminante », « condition », et ainsi de suite. Il n’y a pas de doute que, dans les cas où on les a utilisées, on a jugé que ces expressions étaient utiles sinon on ne l’aurait pas fait, mais le fait qu’on les ait reprises sans s’interroger dans d’autres cas a souvent créé de la confusion, et il serait peut-être préférable, après avoir souligné qu’il s’agit de déterminer la responsabilité, de se contenter de parler tout simplement de la cause du préjudice sans la qualifier.

En décrivant le critère de causalité de l’arrêt *Smithers*, le juge Lambert a conclu que les mots [TRADUCTION] « cause ayant contribué d’une façon qui n’est pas négligeable ou insignifiante » reflétaient le critère applicable sans qu’il soit nécessaire de recourir à l’expression latine « *de minimis* » utili-

67

68

69

insignificant” can be expressed positively as a cause that is “significant” and that it would therefore be correct to describe the *Smithers* standard as a “significant contributing cause” (para. 29).

70

There is a semantic debate as to whether “not insignificant” expresses a degree of causation lower than “significant”. This illustrates the difficulty in attempting to articulate nuances in this particular legal standard that are essentially meaningless. I agree with Lambert J.A. that even if it were desirable to formulate a causation test for second degree murder that is higher than the *Smithers* standard for manslaughter but less strict than the *Harbottle* standard for first degree murder under s. 231(5), which I conclude it is not, it would be difficult to formulate such a test in a meaningful way and even more difficult for a jury to grasp the subtle nuances and apply three different standards of causation.

71

The causation standard expressed in *Smithers* is still valid and applicable to all forms of homicide. In addition, in the case of first degree murder under s. 231(5) of the *Code*, *Harbottle* requires additional instructions, to which I will return. The only potential shortcoming with the *Smithers* test is not in its substance, but in its articulation. Even though it causes little difficulty for lawyers and judges, the use of Latin expressions and the formulation of the test in the negative are not particularly useful means of conveying an abstract idea to a jury. In order to explain the standard as clearly as possible to the jury, it may be preferable to phrase the standard of causation in positive terms using a phrase such as “significant contributing cause” rather than using expressions phrased in the negative such as “not a trivial cause” or “not insignificant”. Latin terms such as “*de minimis*” are rarely helpful.

sée dans la version anglaise de l’arrêt *Smithers*. Il a en outre estimé que l’on peut désigner une cause « qui n’est pas insignifiante » en utilisant la forme affirmative pour parler plutôt d’une cause « appréciable », et qu’il serait donc approprié de décrire le critère de l’arrêt *Smithers* comme étant celui de la « cause ayant contribué de façon appréciable » (« *significant contributing cause* ») (par. 29).

Il existe un débat sémantique quant à savoir si l’expression « qui n’est pas insignifiante » traduit un degré de causalité moindre que le mot « appréciable ». Cela montre la difficulté d’essayer d’apporter à ce critère juridique particulier des nuances essentiellement dépourvues de sens. Je conviens avec le juge Lambert que, même s’il était souhaitable de formuler pour le meurtre au deuxième degré un critère de causalité plus exigeant que celui établi pour l’homicide involontaire coupable dans l’arrêt *Smithers*, mais moins exigeant que celui établi, dans l’arrêt *Harbottle*, pour le meurtre au premier degré prévu au par. 231(5) — ce qui n’est pas souhaitable selon moi —, il serait difficile de formuler de manière utile un tel critère et encore plus difficile pour un jury de saisir les nuances subtiles et d’appliquer trois critères de causalité différents.

Le critère de causalité formulé dans l’arrêt *Smithers* est encore valide et applicable à toutes les formes d’homicide. De plus, dans le cas du meurtre au premier degré prévu au par. 231(5) du *Code*, l’arrêt *Harbottle* exige des directives additionnelles, auxquelles je reviendrai plus loin. Le seul point faible que peut avoir le critère de l’arrêt *Smithers* se trouve non pas dans son contenu, mais dans sa formulation. Bien qu’ils causent peu de difficultés aux juges et aux avocats, l’emploi d’expressions latines et la formulation de critères sous la forme négative ne sont pas particulièrement utiles pour expliquer une notion abstraite à un jury. Pour expliquer le plus clairement possible le critère de causalité au jury, il peut être préférable de le formuler de façon affirmative en parlant, par exemple, d’une « cause ayant contribué de façon appréciable » au lieu de recourir à une formule négative comme celle de la « cause ayant contribué d’une façon qui n’est pas négligeable ou insignifiante ». Les expressions latines telles que « *de minimis* » sont rarement utiles.

In deciding how the applicable standard of causation should be articulated to the jury, trial judges have a discretion in choosing the terminology they wish to use to explain the standard. Causation issues are case-specific and fact-driven. For that reason, it is important to afford a trial judge with the flexibility to put issues of causation to the jury in an intelligible fashion that is relevant to the circumstances of the case, including whether or not there are multiple accused persons or parties. As I discussed in *Cribbin*, *supra*, at pp. 565-66, while different terminology has been used to explain the applicable standard in Canada, Australia and England, whether the terminology used is “beyond *de minimis*”, “significant contribution” or “substantial cause”, the standard of causation which this terminology seeks to articulate, within the context of causation in homicide, is essentially the same: see *R. v. Pagett* (1983), 76 Cr. App. R. 279 (C.A.); *R. v. Hallett*, [1969] S.A.S.R. 141 (S.C. *in banco*); *Royall v. R.* (1991), 100 A.L.R. 669 (H.C.); *R. v. Smith* (1959), 43 Cr. App. R. 121 (C.-M.A.C.); *R. v. Cheshire*, [1991] 3 All E.R. 670 (C.A.), and *R. v. Hennigan*, [1971] 3 All E.R. 133 (C.A.). For example, in *Cheshire*, the court stated that (at p. 677):

It is not the function of the jury to evaluate competing causes or to choose which is dominant provided they are satisfied that the accused's acts can fairly be said to have made a significant contribution to the victim's death. We think the word 'significant' conveys the necessary substance of a contribution made to the death which is more than negligible.

Similarly, in *Hennigan*, the court described the standard of causation on a charge of causing death by dangerous driving as follows at p. 135:

The court would like to emphasise this, that there is of course nothing in s. 1 of the Road Traffic Act 1960 which requires the manner of the driving to be a substantial cause, or a major cause, or any other description of cause, of the accident. So long as the dangerous driving is a cause and something more than *de minimis*, the statute operates. What has happened in the past is that judges

Les juges du procès ont le pouvoir discrétionnaire de choisir la terminologie qu'ils utiliseront pour expliquer au jury le critère de causalité applicable. Les questions relatives à la causalité sont particulières à chaque cas et reposent sur les faits. C'est pourquoi il importe de donner au juge du procès la latitude d'expliquer de façon intelligible au jury les questions relatives à la causalité qui sont pertinentes eu égard aux circonstances de l'affaire, y compris celle de savoir s'il y a plus d'un accusé ou plus d'une partie. Comme je l'ai indiqué dans l'arrêt *Cribbin*, précité, p. 565-566, bien qu'une terminologie différente soit utilisée au Canada, en Australie et en Angleterre pour expliquer le critère applicable, qu'il s'agisse des expressions « cause ayant contribué de façon plus que mineure » (« *beyond de minimis* »), « contribution appréciable » ou « cause substantielle », le critère de causalité que ces termes visent à expliquer dans le contexte d'un homicide est essentiellement le même : voir *R. c. Pagett* (1983), 76 Cr. App. R. 279 (C.A.); *R. c. Hallett*, [1969] S.A.S.R. 141 (C.S. *in banco*); *Royall c. R.* (1991), 100 A.L.R. 669 (H.C.); *R. c. Smith* (1959), 43 Cr. App. R. 121 (C.-M.A.C.); *R. c. Cheshire*, [1991] 3 All E.R. 670 (C.A.); *R. c. Hennigan*, [1971] 3 All E.R. 133 (C.A.). Par exemple, dans l'arrêt *Cheshire*, la cour affirme (à la p. 677) :

[TRADUCTION] Il n'appartient pas au jury d'évaluer les différentes causes possibles ou de choisir celle qui est dominante, pourvu qu'il soit convaincu que l'on peut à juste titre affirmer que les actes de l'accusé ont contribué de façon appréciable à la mort de la victime. Nous pensons que le mot « appréciable » explique que la contribution à la mort doit être plus que négligeable.

De même, dans l'arrêt *Hennigan*, la cour décrit ainsi le critère de causalité applicable à une accusation de conduite dangereuse ayant causé la mort (à la p. 135) :

[TRADUCTION] La cour aimerait souligner qu'il est évident que l'art. 1 de la Road Traffic Act 1960 n'exige pas que la façon de conduire soit une cause substantielle, majeure ou autre de l'accident. Dès que la conduite dangereuse contribue de façon plus que minime à la mort, la loi s'applique. Dans le passé, des juges ont considéré pratique d'indiquer dans leurs directives au

have found it convenient to direct the jury in the form that it must be, as in one case it was put, the substantial cause.

To the extent that trial judges may find it more useful to express the standard of causation in *Smithers* in a more direct and affirmative fashion, they may find it preferable to express the standard positively as a “significant contributing cause”, to use the terminology of Lambert J.A. in the present appeal.

73

In light of *Harbottle*, where the jury must be instructed on first degree murder under s. 231(5) of the *Code* in addition to manslaughter or second degree murder, the terminology of “substantial cause” should be used to describe the applicable standard for first degree murder so that the jury understands that something different is being conveyed by the instructions concerning s. 231(5) of the *Code* with respect to the requisite degree of participation of the accused in the offence. In such cases, it would make sense to instruct the jury that the acts of the accused have to have made a “significant” contribution to the victim’s death to trigger culpability for the homicide while, to be guilty of first degree murder under s. 231(5), the accused’s actions must have been an essential, substantial and integral part of the killing of the victim.

E. *Is Causation an Issue on the Facts of the Present Appeal?*

74

As I mentioned earlier, causation issues rarely arise in murder offences. Thus, in the usual case, it will be unnecessary for the trial judge to explain the applicable standard of causation to the jury in relation to either second degree murder or first degree murder. Causation issues arise more frequently in manslaughter cases, in which the fault element resides in a combination of causing death by an unlawful act, or by criminal negligence, and mere objective foreseeability of death. As the cases

jury que la conduite dangereuse doit être la cause substantielle, pour reprendre l’expression utilisée dans une affaire.

Dans la mesure où il peut leur sembler davantage utile d’expliquer le critère de causalité de l’arrêt *Smithers* d’une façon plus directe et affirmative, les juges du procès peuvent estimer préférable de le décrire comme étant celui de la « cause ayant contribué de façon appréciable » (« *significant contributing cause* »), pour reprendre la terminologie du juge Lambert dans le présent pourvoi.

À la lumière de l’arrêt *Harbottle*, lorsque le jury doit recevoir des directives sur le meurtre au premier degré prévu au par. 231(5) du *Code* en plus de directives sur l’homicide involontaire coupable ou le meurtre au deuxième degré, il y a lieu d’employer l’expression « cause substantielle » pour décrire le critère applicable au meurtre au premier degré afin de permettre au jury de comprendre que les directives concernant le par. 231(5) du *Code* comportent un élément différent en ce qui a trait au degré requis de participation de l’accusé à la perpétration de l’infraction. Dans un tel cas, il serait logique d’indiquer au jury que, pour qu’il y ait culpabilité d’homicide, l’accusé doit avoir, par ses actes, contribué « de façon appréciable » à la mort de la victime, tandis que pour qu’il y ait culpabilité de meurtre au premier degré aux termes du par. 231(5), les actes que l’accusé a accomplis doivent avoir constitué un élément essentiel et substantiel du meurtre de la victime.

E. *La question de la causalité se pose-t-elle d’après les faits du présent pourvoi?*

Comme je l’ai déjà dit, les questions relatives à la causalité se posent rarement dans le cas d’une infraction de meurtre. C’est pourquoi il n’est pas nécessaire habituellement que le juge du procès explique au jury le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré ou au meurtre au premier degré. Les questions relatives à la causalité se posent plus souvent dans le cas d’un homicide involontaire coupable, où l’élément de faute réside dans le fait d’avoir causé la mort par un acte illégal ou

illustrate, causation issues tend to arise in factual situations involving multiple parties (e.g. *Harbottle*), thin skull victims (e.g. *Smithers*), intervening events (e.g. *Hallett*) or some combination of these factors.

The appellant submits that the present appeal is a case involving multiple causation in which the trier of fact must decide whether the acts of the accused were a “beyond *de minimis*” contribution that triggers criminal liability. The respondent and intervenor do not take issue with the appellant’s characterization of this appeal as a case involving multiple causes.

The appellant submits that in this case several causes contributed to Mrs. Loski’s death. The appellant submits that the Crown’s medical expert, Dr. Roy, agreed that there were probably multiple factors contributing to Mrs. Loski’s asphyxia, namely, being hog-tied, the ligature around her neck, her congestive heart failure, her cardiac abnormality, her asthma and the old-fashioned corset girdle that she was wearing. In the appellant’s submission, the acts of the appellant and the victim’s pre-existing medical conditions may both have contributed to her death. The appellant submits that the medical evidence in the present case is equivocal as to what caused asphyxiation. The appellant submits that in a case involving only one cause of death, the “but for” test usually resolves the causation issue. However, in a case such as the present one involving two or more causes of death, the appellant submits that the trier of fact must decide whether the accused’s act contributed to the victim’s death sufficiently to attract criminal liability.

The difficulty in establishing a single, conclusive medical cause of death does not lead to the legal conclusion that there were multiple operative

par négligence criminelle, et dans la simple prévisibilité objective de la mort. Comme la jurisprudence l’indique, les questions relatives à la causalité ont tendance à se poser dans les situations où il est question de plusieurs parties (par exemple, l’arrêt *Harbottle*), de victimes vulnérables (par exemple, l’arrêt *Smithers*), de faits subséquents (par exemple, la décision *Hallett*) ou d’une combinaison de ces éléments.

L’appelant soutient qu’il est question, dans le présent pourvoi, de causes multiples et que le juge des faits doit décider si l’accusé a, par ses actes, contribué « de façon plus que mineure » à la mort de la victime, de sorte que sa responsabilité criminelle est engagée. L’intimée et l’intervenant ne contestent pas la façon dont l’appelant caractérise le présent pourvoi, à savoir qu’il y est question de causes multiples.

L’appelant prétend que plusieurs causes ont contribué en l’espèce à la mort de M^{me} Loski. Il fait valoir que le médecin expert du ministère public, le D^r Roy, a reconnu que plusieurs facteurs avaient probablement contribué à l’asphyxie de M^{me} Loski, notamment le fait d’avoir eu les pieds et les mains liés derrière le dos, le garrot autour de son cou, le corset à l’ancienne qu’elle portait, ainsi que l’insuffisance cardiaque globale, l’anomalie cardiaque et l’asthme dont elle souffrait. Selon l’appelant, tant ses actes que l’état de santé préexistant de la victime peuvent avoir contribué au décès de cette dernière. Il soutient que la preuve médicale présentée en l’espèce est équivoque quant à la cause de l’asphyxie. Il affirme que, dans un cas où le décès n’est attribuable qu’à une seule cause, le critère du « n’eût été » ou de la cause « *sine qua non* » règle habituellement la question de la causalité. Toutefois, selon l’appelant, dans un cas comme celui qui nous occupe où le décès est attribuable à plus d’une cause, le juge des faits doit décider si l’accusé a, par ses actes, suffisamment contribué à la mort de la victime pour que sa responsabilité criminelle soit engagée.

La difficulté d’établir l’existence d’une seule cause médicale déterminante du décès n’amène pas à conclure en droit que le décès est attribua-

75

76

77

causes of death. In a homicide trial, the question is not what caused the death or who caused the death of the victim but rather did the accused cause the victim's death. The fact that other persons or factors may have contributed to the result may or may not be legally significant in the trial of the one accused charged with the offence. It will be significant, and exculpatory, if independent factors, occurring before or after the acts or omissions of the accused, legally sever the link that ties him to the prohibited result.

78

In my view, this case does not involve truly multiple independent causes, as for instance, when improper treatment can also be responsible for the victim's death. An example of a case that involves multiple causes is *Hallett, supra*. In that case, the victim was beaten and left unconscious by the sea and was drowned by the incoming tide. The question in that case was whether the accused's actions were such that he should be held responsible for the death despite the intervening cause of the incoming tide. The court expressed the test of causation as follows at p. 149:

The question to be asked is whether an act or series of acts (in exceptional cases an omission or series of omissions) consciously performed by the accused is or are so connected with the event that it or they must be regarded as having a sufficiently substantial causal effect which subsisted up to the happening of the event, without being spent or without being in the eyes of the law sufficiently interrupted by some other act or event.

Unlike *Hallett*, no intervening causes arose in the present case between the appellant's action and the victim's death.

79

Nor does this case present an illustration of the operation of the thin-skull rule in the criminal context. The thin-skull rule, which is a long-standing principle of tort law, provides that a wrongdoer must take his victim as he finds him: *Dulieu v. White*, [1901] 2 K.B. 669; *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458. Thus, the fact that a victim's head injuries are aggravated beyond

ble à des causes multiples. Dans un procès pour homicide, la question qui se pose est de savoir non pas qui ou quoi a causé la mort de la victime, mais plutôt si l'accusé a causé cette mort. Le fait que d'autres personnes ou facteurs peuvent avoir contribué au résultat peut être important sur le plan juridique lors du procès de la personne accusée de l'infraction. Ce fait sera important et disculpatoire si des facteurs indépendants, antérieurs ou postérieurs aux actes ou omissions de l'accusé, rompent juridiquement le lien entre celui-ci et le résultat prohibé.

À mon avis, il n'est pas question en l'espèce de causes vraiment multiples et indépendantes, comme c'est le cas, par exemple, lorsqu'un traitement impropre peut également être à l'origine du décès de la victime. La décision *Hallett*, précitée, est un exemple de cas où il est question de causes multiples. Dans cette affaire, la victime, après avoir été battue, avait été abandonnée inconsciente au bord de la mer et avait péri noyée à la marée montante. Il s'agissait de déterminer si les actes de l'accusé étaient tels qu'il devait être tenu responsable de la mort malgré la cause subséquente qu'avait constitué la marée. La cour a formulé ainsi le critère de causalité (à la p. 149) :

[TRADUCTION] La question à se poser est de savoir si un acte ou une série d'actes (exceptionnellement, une omission ou une série d'omissions) consciemment accomplis par l'accusé sont tellement liés à l'événement qu'ils doivent être considérés comme ayant un effet causal suffisamment substantiel qui a subsisté jusqu'à ce que l'événement survienne, sans qu'il y soit mis fin ou qu'il soit suffisamment interrompu, aux yeux de la loi, par quelque autre acte ou événement.

Contrairement à la situation dans *Hallett*, aucune cause n'est intervenue en l'espèce entre l'acte de l'appelant et la mort de la victime.

La présente affaire ne constitue pas non plus un exemple de l'application de la règle de la vulnérabilité de la victime en matière criminelle. Selon cette règle, qui est un principe de longue date du droit de la responsabilité délictuelle, l'auteur du délit doit prendre sa victime comme elle est : *Dulieu c. White*, [1901] 2 K.B. 669; *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458. Ainsi, le fait que les blessures à

what would normally be expected because of the victim's unusually thin skull does not relieve a tortfeasor of liability for the full extent of the harm that resulted from his wrongdoing. That principle applies equally in the criminal context and is reflected, in part, in ss. 222(5)(d) and 226 of the *Criminal Code*. As expressed by McLachlin J., as she then was, in *Creighton, supra*, at p. 52:

The thin-skull rule is a good and useful principle. It requires aggressors, once embarked on their dangerous course of conduct which may foreseeably injure others, to take responsibility for all the consequences that ensue, even to death.

The potential harshness of the application of the thin-skull rule in the criminal context is mitigated by the requirement that the accused have the requisite *mens rea* for the offence charged, which consists of "objective foreseeability of the risk of bodily harm which is neither trivial nor transitory, in the context of a dangerous act": *Creighton, supra*, at p. 45.

The present appeal does not present the classic thin-skull scenario where the victim's death occurred unexpectedly as a result of the victim's unusual and unforeseeable susceptibility to injury. It is clear on the medical evidence that the victim's physical conditions related to her advanced age may have hastened her demise. However, there was no evidence to indicate that Mrs. Loski's death would have occurred without the actions of the appellant and his accomplice. Nor is there any evidence that she was a thin-skull victim whose physical characteristics were unusual for a woman of her age. By all accounts, she was healthy and active. A much younger victim, subjected to the same treatment, may also have failed to survive. An example of a true thin-skull situation is *Smithers*, the facts of which are discussed earlier. There is also no evidence of any intervening cause which resulted in Mrs. Loski's death. The various potential causes of death that are advanced by the appellant in the present case would all be caught by the statutory or common law principles that

la tête de la victime soient plus graves qu'elles ne l'auraient normalement été en raison de son crâne exceptionnellement fragile n'empêche pas l'auteur du délit d'être tenu responsable de tout le préjudice ayant résulté de sa faute. Ce principe s'applique également en matière criminelle et se dégage en partie de l'al. 222(5)d) et de l'art. 226 du *Code criminel*. Comme l'a dit le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Creighton*, précité, p. 52 :

Le principe de la vulnérabilité de la victime est à la fois bon et utile. Il oblige les agresseurs, une fois lancés dans une conduite dangereuse qui pourra d'une manière prévisible causer des blessures à autrui, à endosser la responsabilité de toutes les conséquences, y compris la mort.

La rigueur potentielle de l'application de la règle de la vulnérabilité de la victime en matière criminelle est atténuée par l'exigence que l'accusé possède la *mens rea* requise pour l'infraction dont il est accusé, à savoir qu'il y ait eu « prévisibilité objective [. . .] du risque de lésions corporelles qui ne sont ni sans importance ni de nature passagère » : *Creighton*, précité, p. 45.

Il n'est pas question, dans le présent pourvoi, du cas classique de la victime qui décède de façon inattendue en raison de sa vulnérabilité inhabituelle et imprévisible aux blessures. La preuve médicale établit clairement que la condition physique de la victime liée à son grand âge peut avoir accéléré son décès. Toutefois, rien dans la preuve n'indique que M^{me} Loski serait décédée n'eût été les actes de l'appellant et de son complice. La preuve n'indique pas non plus qu'elle était une victime vulnérable dont les caractéristiques physiques étaient inhabituelles pour une femme de son âge. Tout porte à croire qu'elle était active et en bonne santé. Une victime beaucoup plus jeune, soumise au même traitement, n'aurait peut-être pas non plus survécu. L'arrêt *Smithers*, dont les faits ont été analysés précédemment, est un exemple de cas où la victime était vraiment vulnérable. De même, rien dans la preuve n'indique qu'une cause subséquente a entraîné la mort de M^{me} Loski. Les diverses causes potentielles de la mort que l'appellant a invoquées en l'espèce

preclude an interruption of the chain of causation such as to eliminate the criminal responsibility of the accused.

81 In the appellant's own submission, it is only in cases involving multiple causes that the jury need be charged on the applicable standard of causation. In my view, this is not such a case. The fact that the appellant's actions might not have caused death in a different person, or that death might have taken longer to occur in the case of a younger victim, does not transform this case into one involving multiple causes. Clearly, where an accused person hog ties an elderly woman, places a ligature of clothing around her neck and abandons her, in the knowledge that she lives alone, without notifying anyone of her plight, it is not unexpected that death will result if no one rescues the victim in time.

82 In my view, it was unnecessary in this case to instruct the jury on the law of causation for homicide, beyond stating the need to find that the accused caused the death of the victim. I agree with Braidwood J.A. and McEachern C.J.B.C. in the Court of Appeal that there was no plausibility to the appellant's submission that telling the jury that the standard of causation was "substantial cause" instead of "more than a trivial cause" could possibly have made any difference to the verdict of second degree murder. There was no evidence that anything other than the actions of the appellant and his accomplice caused Mrs. Loski's death. Mrs. Loski's death resulted from being left alone hog-tied in her bedroom with a ligature around her neck. Nothing that occurred following the actions of the appellant and his accomplice in tying her up and leaving her alone can be said to have broken the chain of causation linking them with her death. However, in relation to the charge of first degree murder, it was necessary for the trial judge to instruct the jury in accordance with *Harbottle* under s. 231(5) of the *Code*, given the requirement that the Crown establish that the physical actions of the accused form an essential,

seraient toutes visées par les principes législatifs ou de common law qui empêchent la rupture du lien de causalité qui permettrait d'exonérer l'accusé de toute responsabilité criminelle.

Comme le soutient lui-même l'appellant, ce n'est que dans le cas où il existe des causes multiples qu'il est nécessaire de donner des directives au jury sur le critère de causalité applicable. À mon avis, nous ne sommes pas en présence d'un tel cas. Ce n'est pas parce que les actes de l'appellant n'auraient peut-être pas causé la mort d'une autre personne ou que la mort aurait pu tarder davantage à survenir si la victime avait été plus jeune qu'on peut dire qu'il existe en l'espèce des causes multiples. Lorsqu'un accusé lie les pieds et les mains d'une personne âgée derrière son dos, lui installe un garrot autour du cou et l'abandonne, sachant qu'elle vit seule et sans avertir qui que ce soit de la situation dans laquelle elle se trouve, on peut évidemment s'attendre à ce que cette personne âgée meure si elle n'est pas délivrée à temps.

À mon avis, il n'était pas nécessaire en l'espèce de donner au jury des directives sur les règles de causalité applicables en matière d'homicide, si ce n'est pour leur faire part de la nécessité de conclure que l'accusé a causé la mort de la victime. Je suis d'accord avec le juge Braidwood et le juge en chef McEachern de la Cour d'appel pour qualifier d'in vraisemblable l'argument de l'appellant selon lequel le jury aurait pu rendre un verdict autre que celui de meurtre au deuxième degré si on lui avait dit que le critère de causalité applicable était celui de la « cause substantielle » au lieu de celui de la « cause ayant contribué d'une façon plus que négligeable ». Rien dans la preuve n'indiquait que la mort de M^{me} Loski était attribuable à autre chose que les actes de l'appellant et de son complice. Celle-ci est morte parce qu'elle a été abandonnée, pieds et mains liés derrière le dos, dans sa chambre à coucher, avec un garrot autour du cou. Rien de ce qui est survenu après que l'appellant et son complice eurent ligoté la victime et l'eurent abandonnée ne peut être considéré comme ayant rompu le lien de causalité entre eux et la mort de la victime. Toutefois, en ce qui concerne l'accusation de meurtre au premier degré, il était nécessaire que le juge du procès donne au

substantial and integral part of the killing of the victim.

As I stated in *Cribbin*, causation is a legal rule based on concepts of moral responsibility and is not a mechanical or mathematical exercise. On the facts of the present appeal, the jury properly found that the appellant caused Mrs. Loski's death and must bear legal responsibility for having done so. The central issue at trial was whether there was sufficient evidence of the necessary intent to put the charge of murder to the jury. The defence made an application at trial to withdraw murder from the jury. The question before Wilkinson J. on this application was whether there was some evidence on which the jury could conclude that the appellant meant to cause bodily harm to Mrs. Loski that he knew was likely to cause death within the meaning of s. 229(a)(ii) of the *Criminal Code*. Wilkinson J. denied the defence application to withdraw the charge of murder from the jury.

In my view, the real issue of concern in this case with respect to the charge of murder was not whether or not the appellant caused the victim's death, but whether or not he knew that his actions were likely to cause her death. Did he know that the actions taken by him and by his accomplice were likely to cause Mrs. Loski's death? Did he know that someone of Mrs. Loski's age would likely die from the effects of being hog-tied? Did he anticipate that the gag might slip? Did he foresee that no one might come by her house and rescue her before she died?

F. *The Charge to the Jury and the Verdict*

As discussed above, I conclude that the test of causation is the same for all homicide offences and that it is not appropriate to apply a different standard of causation to the offences of manslaughter

jury des directives sur le par. 231(5) du *Code* conformément à l'arrêt *Harbottle*, étant donné que le ministère public était tenu d'établir que les actes de l'accusé constituaient un élément essentiel et substantiel du meurtre de la victime.

Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Cribbin*, la causalité est un principe juridique qui repose sur des notions de responsabilité morale et n'est pas un exercice machinal ou mathématique. D'après les faits du présent pourvoi, le jury a conclu à juste titre que l'appellant avait causé la mort de M^{me} Loski et qu'il doit assumer la responsabilité juridique de ses actes. La question centrale au procès était de savoir si la preuve de l'intention requise était suffisante pour soumettre l'accusation de meurtre à l'appréciation du jury. Au procès, la défense a présenté une demande visant à soustraire l'accusation de meurtre à l'appréciation du jury. La question que le juge Wilkinson devait trancher relativement à cette demande était de savoir s'il y avait des éléments de preuve qui permettraient au jury de conclure que l'appellant avait eu l'intention de causer à M^{me} Loski des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer sa mort, au sens du sous-al. 229a)(ii) du *Code criminel*. Le juge Wilkinson a rejeté la demande de la défense visant à soustraire l'accusation de meurtre à l'appréciation du jury.

À mon avis, la véritable question qui se posait en l'espèce relativement à l'accusation de meurtre était de savoir non pas si l'appellant avait causé la mort de la victime, mais plutôt s'il savait que ses actes étaient de nature à causer sa mort. Savait-il que ses actes et ceux de son complice étaient de nature à causer la mort de M^{me} Loski? Savait-il qu'une personne âgée comme M^{me} Loski mourrait probablement si elle avait les pieds et les mains liés derrière le dos? A-t-il prévu que le bâillon pourrait glisser? A-t-il prévu qu'il se pourrait que personne ne vienne délivrer la victime avant qu'elle meure?

F. *L'exposé au jury et le verdict*

Comme je l'ai dit précédemment, je conclus que le critère de causalité est le même pour toutes les infractions d'homicide et qu'il n'y a pas lieu d'appliquer un critère différent aux infractions d'ho-

83

84

85

and murder. The applicable standard of causation has traditionally been articulated in this country on the basis of the language used in *Smithers* that the accused must be a cause of the death beyond *de minimis*. This standard has not been overruled in any subsequent decisions of this Court, including *Harbottle*.

86

In this case, the charge to the jury was entirely satisfactory. The trial judge charged the jury on the elements of manslaughter, second degree murder and first degree murder under s. 231(5) of the *Criminal Code*. With respect to manslaughter and second degree murder, the trial judge told the jurors that they must find that the accused was “more than a trivial cause” of death in order to conclude that the accused caused Mrs. Loski’s death. In essence, this reflects the test of causation set out in *Smithers*, and accurately states the correct standard of causation for second degree murder. On two occasions, once in the main charge and once in responding to a question from the jurors, Wilkinson J. misspoke in describing the appropriate test of causation for second degree murder, by contrasting the high standard of causation for first degree murder with the “slight or trivial cause necessary to find second degree murder”. In my view, these errors, which reflect the difficulty of expressing a standard in the negative, would not have caused the jury to believe that the applicable standard of causation for second degree murder was lower than the *Smithers* standard of “more than a trivial cause”. What the slips in the jury charge do illustrate is the fact that it is easier to express the standard of causation in positive terms, by referring to a “significant” contribution or cause, instead of using the negative phraseology of “beyond *de minimis*” or “more than a slight or trivial cause” in explaining causation to the jury.

87

Given that the jury found the accused guilty of second degree murder, we must conclude that the jury found that the appellant had the requisite intent

micide involontaire coupable et de meurtre. Dans notre pays, on a traditionnellement utilisé la terminologie de l’arrêt *Smithers* pour formuler le critère de causalité applicable, savoir que l’accusé doit avoir contribué à la mort de façon plus que mineure. Notre Cour n’a pas infirmé ce critère dans des arrêts ultérieurs, y compris l’arrêt *Harbottle*.

En l’espèce, l’exposé au jury était entièrement satisfaisant. Le juge du procès a donné au jury des directives sur les éléments constitutifs de l’homicide involontaire coupable, du meurtre au deuxième degré et du meurtre au premier degré prévu au par. 231(5) du *Code criminel*. Au sujet de l’homicide involontaire coupable et du meurtre au deuxième degré, il a dit aux jurés qu’ils devaient conclure que l’accusé avait « contribué d’une façon plus que négligeable » à la mort de M^{me} Loski pour pouvoir conclure qu’il avait causé la mort de cette dernière. Cela reflète essentiellement le critère de causalité énoncé dans l’arrêt *Smithers* et désigne exactement le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré. À deux reprises, dont une fois dans l’exposé principal et l’autre fois en réponse à une question des jurés, le juge Wilkinson a mal décrit le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré en comparant le critère exigeant applicable au meurtre au premier degré à la [TRA-DUCTION] « cause mineure ou négligeable requise pour conclure au meurtre au deuxième degré ». À mon avis, ces erreurs, qui traduisent la difficulté de formuler un critère sous la forme négative, n’ont pas amené le jury à croire que le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré était moindre que celui de la « cause ayant contribué d’une façon plus que négligeable », établi dans l’arrêt *Smithers*. Les lapsus commis dans l’exposé au jury montrent qu’il est plus facile de formuler le critère de causalité de façon affirmative en parlant d’une contribution ou d’une cause « appréciable », au lieu de recourir à une formule négative comme celle de la « cause ayant contribué d’une façon qui n’est pas négligeable ou insignifiante » pour l’expliquer au jury.

Étant donné que le jury a déclaré l’accusé coupable de meurtre au deuxième degré, nous devons conclure qu’il a considéré que celui-ci avait eu l’in-

for the offence of murder, namely subjective foresight of death. In light of the jury's conclusion with respect to intent, which in my view could not have been affected by the instructions on causation, it is clear that no reasonable jury could have had any doubt about whether the appellant's actions constituted a significant, operative cause of the victim's death. What is not clear from the verdict is the basis for the acquittal on the charge of first degree murder. The appellant suggests that the jury acquitted on first degree murder because it had a reasonable doubt as to whether the accused caused the victim's death on the *Harbottle* standard of causation, but convicted of second degree murder because it was satisfied the accused caused death on the lower *Smithers* standard. In my view, the conviction for second degree murder was amply supported on the evidence and the jury was correctly charged on the applicable legal requirements of causation. The jury was entitled to have a doubt as to whether the degree of participation of the accused in the underlying offence of unlawful confinement, combined with the need for his substantial contribution to the death of the victim, was sufficient to elevate the murder to first degree. Whatever the jury's reasons for acquitting the appellant of first degree murder, the jury's verdict of second degree murder is unimpeachable.

VII. Conclusion and Disposition

For these reasons, I conclude that the trial judge correctly charged the jury on the applicable standard of causation for second degree murder in expressing the standard as one in which the accused must have been more than an insignificant or trivial cause of the victim's death. There is only one standard of causation for homicide offences, including second degree murder. That standard may be expressed using different terminology, but it remains the standard expressed by this Court in the case of *Smithers*, *supra*. The terminology of substantial cause in *Harbottle* is used to indicate the increased degree of participation in the killing that is required to raise the

tention requise pour l'infraction de meurtre, savoir qu'il y avait eu prévision subjective de la mort de sa part. Vu la conclusion du jury en ce qui a trait à l'intention, conclusion sur laquelle à mon avis les directives sur le lien de causalité n'auraient pas pu avoir d'incidence, il est évident qu'aucun jury raisonnable n'aurait pu douter que les actes de l'appellant constituaient une cause appréciable et véritable de la mort de la victime. C'est le motif de l'acquiescement relatif à l'accusation de meurtre au premier degré qui ne ressort pas clairement du verdict. L'appellant soutient que le jury l'a acquitté de meurtre au premier degré parce qu'il doutait raisonnablement qu'il avait causé la mort de la victime selon le critère de causalité de l'arrêt *Harbottle*, mais qu'il l'a reconnu coupable de meurtre au deuxième degré parce qu'il était convaincu qu'il avait causé la mort de la victime selon le critère moins exigeant de l'arrêt *Smithers*. À mon avis, la preuve était largement la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré et le jury a reçu des directives adéquates sur les exigences juridiques applicables en matière de causalité. Le jury avait le droit de douter que le degré de participation de l'accusé à l'infraction sous-jacente de séquestration, combiné à la nécessité qu'il ait contribué de façon substantielle à la mort de la victime, était suffisant pour qu'il puisse conclure à l'existence du meurtre au premier degré. Quels que soient les motifs pour lesquels le jury a acquitté l'appellant relativement à l'accusation de meurtre au premier degré, son verdict de meurtre au deuxième degré est inattaquable.

VII. Conclusion et dispositif

Pour ces raisons, je conclus que le juge du procès a donné au jury des directives adéquates sur le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré, lorsqu'il a dit qu'il s'agissait de déterminer si l'accusé avait contribué d'une façon plus qu'insignifiante ou négligeable à la mort de la victime. Un seul critère de causalité s'applique aux infractions d'homicide, y compris le meurtre au deuxième degré. Ce critère peut être formulé de différentes façons, mais il n'en demeure pas moins le critère que notre Cour a énoncé dans l'arrêt *Smithers*, précité. L'expression « cause substantielle » que l'on trouve dans l'arrêt *Harbottle* sert à indiquer le degré

accused's culpability to first degree murder under s. 231(5) of the *Code*. *Harbottle* did not raise the standard of causation that applies to all homicide offences from the standard expressed in *Smithers*.

89

As is clear from the above, I also agree with Braidwood J.A. and McEachern C.J.B.C. in the Court of Appeal that telling the jury that the standard of causation for second degree murder was one of "substantial cause" instead of "more than a trivial cause" would not have altered the result in the present case. I would dismiss the appeal and uphold the jury's verdict of second degree murder.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Gil D. McKinnon and Keith Hamilton, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

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

accru de participation au meurtre qui est requis pour que l'on puisse déclarer l'accusé coupable de meurtre au premier degré aux termes du par. 231(5) du *Code*. L'arrêt *Harbottle* n'a pas rendu le critère de causalité qui s'applique à toutes les infractions d'homicide plus exigeant que celui qui a été énoncé dans l'arrêt *Smithers*.

Comme le démontre clairement ce qui précède, je conviens également avec le juge Braidwood et le juge en chef McEachern de la Cour d'appel que, si on avait dit au jury que le critère de causalité applicable au meurtre au deuxième degré était celui de la « cause substantielle » au lieu de celui de la « cause ayant contribué d'une façon plus que négligeable », cela n'aurait pas modifié le résultat en l'espèce. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer le verdict de meurtre au deuxième degré prononcé par le jury.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appellant : Gil D. McKinnon et Keith Hamilton, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Procureur de l'intervenant : Le ministère du Procureur général, Toronto.