

**James Harbottle** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. HARBOTTLE

File No.: 23037.

Hearing and judgment: 1993: May 25.

Reasons delivered: 1993: September 30.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Murder — First degree murder — Death caused while committing enumerated offence — Woman forcibly confined, sexually assaulted, mutilated and strangled — Accused preventing victim from struggling while companion strangled her — Whether or not guilty of first degree murder — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 214(5), am. S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 16 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 231(5)).*

Appellant together with a companion forcibly confined a young woman. After his companion brutally sexually assaulted her and subjected her to a litany of atrocities while appellant watched, appellant and his companion discussed ways of killing her "nicely". When her struggling prevented their slashing her wrists, they decided to strangle her. Appellant held the victim's legs to prevent her from continuing to kick and struggle while his companion strangled her — her hands were tied. The trial judge told the jury that she had difficulty pointing to evidence of planning and deliberation and also charged them on the basis that murder in the first degree could have occurred while the victim was being sexually assaulted or forcibly confined. Since it was impossible to know on which basis the jury reached its verdict of guilty, the charge with respect to s. 214(5) (now s. 231(5)) of the *Criminal Code* had to be correct in order to obviate a new trial. The conviction was upheld at the Court of Appeal where it was conceded that appellant was a party to the murder while participating in her forcible confinement and sexual assault. At issue here was whether appellant's participation was

**James Harbottle** *Appellant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. HARBOTTLE

<sup>b</sup> N° du greffe: 23037.

Audition et jugement: 1993: 25 mai.

Motifs déposés: 1993: 30 septembre.

<sup>c</sup> Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

<sup>d</sup> *Droit criminel — Meurtre — Meurtre au premier degré — Mort causée pendant la perpétration d'une infraction énumérée — Femme séquestrée, agressée sexuellement, mutilée et étranglée — L'accusé a empêché la victime de résister pendant que son compagnon l'étranglait — Est-il coupable de meurtre au premier degré? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 214(5), mod. S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 16 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 231(5)).*

L'appellant et un compagnon ont séquestré une jeune femme. Après que son compagnon eut brutalement agressé sexuellement la victime et lui eut infligé de multiples atrocités sous ses yeux, l'appellant et son compagnon ont discuté de manières de la tuer «en douceur». Se voyant incapables de lui taillader les poignets en raison de la résistance qu'elle opposait, ils ont décidé de l'étrangler. L'appellant a saisi les jambes de la victime, qui avait les mains liées, pour l'empêcher de continuer de donner des coups de pied et de résister pendant que son compagnon l'étranglait. Le juge du procès a dit au jury qu'elle avait du mal à distinguer une preuve de préméditation et de propos délibéré et, dans son exposé, elle a également précisé qu'un meurtre au premier degré aurait pu être commis pendant l'agression sexuelle ou la séquestration de la victime. Étant donné qu'il était impossible de déterminer ce sur quoi le jury s'était fondé pour en arriver à son verdict de culpabilité, l'exposé au jury concernant le par. 214(5) (maintenant le par. 231(5)) du *Code criminel* devait être juste afin d'éviter la tenue d'un nouveau procès. La déclaration de culpabilité a été maintenue en Cour d'appel où il a été

such that he can be found guilty of first degree murder pursuant to s. 214(5).

*Held:* The appeal should be dismissed.

Given that appellant and his companion discussed ways of killing their victim "nicely", there was ample evidence upon which the jury could have found that the murder was planned and premeditated by both appellant and his companion.

The question of causation under s. 214(5) "does not require a determination of who is a party to the commission of a particular offence" under s. 21. The broad wording of s. 21 makes a consideration of fine distinctions between first and second degree principals to a crime and between accessories before and after the fact unnecessary and inappropriate.

Parliament included a causation requirement in s. 214(5) with the words "when death is caused by that person". This phrase is more than an adoption by reference of the phrase (in s. 212(a), now s. 229(a)) "where the person who causes the death of a human being" means to cause his death. The words in s. 214(1) do not compel the extremely narrow interpretation that the subsection only applies to a person who diagnostically occasioned the victim's death. The word "caused" is broad enough to include both perpetrators and those who assist in the murder and comes within the purview of the substantial cause test.

First degree murder is an aggravated form of murder and not a distinct substantive offence. Section 214(5) is a sentencing provision to be considered after the jury has found the accused guilty of murder. The 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.

The test of causation for s. 214(5) must be a strict one, given the consequences of conviction for first degree murder and given the wording of the section. An accused may only be convicted under the subsection if

admis que l'appelant avait été partie au meurtre en participant à la séquestration ou à l'agression sexuelle de la victime. Il s'agit en l'espèce de déterminer si la participation de l'appelant a été telle qu'il peut être déclaré coupable de meurtre au premier degré, conformément au par. 214(5).

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Étant donné que l'appelant et son compagnon ont discuté de manières de tuer «en douceur» leur victime, il y avait de nombreux éléments de preuve qui auraient permis au jury de conclure que le meurtre a été prémédité à la fois par l'appelant et par son compagnon.

La question de la causalité au sens du par. 214(5) «n'exige pas que l'on détermine qui est un participant à une infraction donnée» au sens de l'art. 21. La formulation générale de l'art. 21 rend inutile et inapproprié l'examen des distinctions subtiles entre l'auteur d'un crime au premier et l'auteur d'un crime au deuxième degré et entre le complice avant le fait et le complice après le fait.

Le Parlement a inclus une exigence de lien de causalité au par. 214(5) en utilisant les termes «quiconque cause la mort». Cette expression représente plus que l'adoption par renvoi de l'expression (que l'on trouve à l'al. 212a), maintenant l'al. 229a)) «lorsque la personne qui cause la mort d'un être humain» à l'intention de causer sa mort. Les termes du par. 214(1) n'obligent pas à donner l'interprétation extrêmement restrictive selon laquelle ce paragraphe ne s'applique qu'à la personne qui, sur le plan diagnostique, a causé la mort de la victime. L'expression «est causée», que l'on trouve dans la disposition actuelle, a une portée suffisamment générale pour viser tant l'auteur du meurtre que celui qui aide à le perpétrer et auquel s'applique le critère de la cause substantielle.

Le meurtre au premier degré est une forme grave de meurtre et non une infraction matérielle précise distincte. Le paragraphe 214(5) est une disposition relative au prononcé de la sentence qui doit être prise en considération après que le jury a reconnu l'accusé coupable de meurtre. La gravité du crime et la sévérité de la peine 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 meurtre au premier degré.

Le critère de causalité applicable aux fins du par. 214(5) doit être strict, étant donné les conséquences d'une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré et le texte de la disposition. Un accusé ne peut être

the Crown establishes that he or she has committed an act or series of acts which are of such a nature that they must be regarded as a substantial and integral cause of the death.

Causation occurs when an act or a 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. The accused must play a very active role — usually a physical role — in the killing. Under s. 214(5), the actions of the accused must form an essential, substantial and integral part of the killing of the victim. Obviously, this requirement is much higher than that necessary for manslaughter.

Physically causing the death of the victim will in most cases be required to convict under s. 214(5). However, while the intervening act of another will often mean that the accused is no longer the substantial cause of the death under s. 214(5), there will be instances where an accused could well be the substantial cause of the death without physically causing it.

An accused may be found guilty of first degree murder pursuant to s. 214(5) if the Crown has established beyond a reasonable doubt that: (1) the accused was guilty of the underlying crime of domination or of attempting to commit that crime; (2) the accused was guilty of the murder of the victim; (3) the accused participated in the murder in such a manner that he or she was a substantial cause of the victim's death; (4) there was no intervening act of another which resulted in the accused no longer being substantially connected to the death of the victim; and, (5) the crimes of domination and murder were part of the same series of events. It would be appropriate to charge a jury in those terms.

All of the elements of the test were established by the evidence. Had appellant not held her legs, the victim probably would have been able to resist the attempts to strangle her.

The directions to the jury by the trial judge were eminently fair and adequately covered all the requisite ele-

déclaré coupable, en vertu de ce paragraphe, que si le ministère public prouve qu'il a accompli un acte ou une série d'actes d'une telle nature qu'ils doivent être considérés comme une cause substantielle et essentielle du décès.

Il y a un lien de causalité lorsqu'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. L'accusé doit avoir joué un rôle très actif — habituellement un rôle de nature physique — dans le meurtre. Aux fins du par. 214(5), les actes de l'accusé doivent constituer un élément essentiel et substantiel du meurtre de la victime. De toute évidence, cette exigence est plus grande que celle applicable à l'homicide involontaire coupable.

Dans la plupart des cas, il sera nécessaire que l'accusé ait matériellement causé la mort de la victime pour qu'il soit déclaré coupable en vertu du par. 214(5). Toutefois, même si l'intervention d'une autre personne signifiera souvent que l'accusé n'est plus la cause substantielle du décès aux fins du par. 214(5), il y aura des cas où un accusé pourrait bien être la cause substantielle de la mort sans l'avoir matériellement causée.

Un accusé peut être reconnu coupable de meurtre au premier degré, conformément au par. 214(5), lorsque le ministère public établit hors de tout doute raisonnable que: (1) l'accusé est coupable du crime sous-jacent comportant domination ou d'une tentative de commettre ce crime, (2) l'accusé est coupable du meurtre de la victime, (3) l'accusé a participé au meurtre d'une telle manière qu'il a été une cause substantielle du décès de la victime, (4) il n'y a pas eu d'intervention d'une autre personne qui fait en sorte que l'accusé n'est plus substantiellement lié au décès de la victime, et (5) le crime comportant domination et le meurtre faisaient partie de la même série d'événements. Il serait opportun que les directives au jury soient données en ces termes.

La preuve a établi l'existence de tous les éléments du critère applicable. Si l'appelant n'avait pas tenu les jambes de la victime, elle aurait probablement pu résister aux tentatives d'étranglement.

Les directives données au jury par le juge du procès étaient éminemment justes et ont porté sur tous les élé-

ments of the offences of domination, murder and first degree murder.

### Cases Cited

**Considered:** *R. v. Kirkness*, [1990] 3 S.C.R. 74; *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618; *R. v. Black and Mackie*, [1966] 3 C.C.C. 187; *R. v. Gourgon and Knowles (No. 1)* (1979), 9 C.R. (3d) 313; *R. v. Dollan and Newstead* (1982), 65 C.C.C. (2d) 240, aff'g (1980), 53 C.C.C. (2d) 146; *R. v. Woods and Gruener* (1980), 57 C.C.C. (2d) 220; **referred to:** *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652; *R. v. Harder*, [1956] S.C.R. 489; *R. v. Munro and Munro* (1983), 8 C.C.C. (3d) 260; *R. v. McGill* (1986), 15 O.A.C. 266; *R. v. Rodney*, [1990] 2 S.C.R. 687; *R. v. Logan*, [1990] 2 S.C.R. 731; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Farrant*, [1983] 1 S.C.R. 124; *R. v. Hallett*, [1969] S.A.S.R. 141; *Smithers v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 506.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 21, 205(1), 204 to 211, 212(a), 214(3), (5) (now R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 21, 221 to 228, 229(a), 231(3), (5)).  
*Criminal Law Amendment Act (No. 2)*, 1976, S.C. 1974-75-76, c. 105, s. 4.

### Authors Cited

Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1991.  
Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 8 O.R. (3d) 385, 54 O.A.C. 32, 72 C.C.C. (3d) 257, 14 C.R. (4th) 363, dismissing an appeal from conviction by Van Camp J. sitting with jury. Appeal dismissed.

Clayton Ruby and Paul Burstein, for the appellant.

Lucy Cecchetto, for the respondent.

ments requis des infractions comportant domination, du meurtre et du meurtre au premier degré.

### a Jurisprudence

**Arrêts examinés:** *R. c. Kirkness*, [1990] 3 R.C.S. 74; *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618; *R. c. Black and Mackie*, [1966] 3 C.C.C. 187; *R. c. Gourgon and Knowles (No. 1)* (1979), 9 C.R. (3d) 313; *R. c. Dollan and Newstead* (1982), 65 C.C.C. (2d) 240, conf. (1980), 53 C.C.C. (2d) 146; *R. c. Woods and Gruener* (1980), 57 C.C.C. (2d) 220; **arrêts mentionnés:** *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652; *R. c. Harder*, [1956] R.C.S. 489; *R. c. Munro and Munro* (1983), 8 C.C.C. (3d) 260; *R. c. McGill* (1986), 15 O.A.C. 266; *R. c. Rodney*, [1990] 2 R.C.S. 687; *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Farrant*, [1983] 1 R.C.S. 124; *R. c. Hallett*, [1969] S.A.S.R. 141; *Smithers v. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 506.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 21, 205(1), 204 à 211, 212(a), 214(3), (5) (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 21, 221 à 228, 229a), 231(3), (5)).  
*Loi de 1976 modifiant le droit pénal, n° 2*, S.C. 1974-75-76, ch. 105, art. 4.

### Doctrines citées

Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1991.  
Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 8 O.R. (3d) 385, 54 O.A.C. 32, 72 C.C.C. (3d) 257, 14 C.R. (4th) 363, qui a rejeté un appel contre une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Van Camp siégeant avec jury. Pourvoi rejeté.

Clayton Ruby et Paul Burstein, pour l'appelant.

Lucy Cecchetto, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

CORY J. — The appellant James Harbottle together with his friend Shawn Ross forcibly confined Elaine Bown. While she was still confined with her hands tied, Shawn Ross strangled her while Harbottle held her legs to prevent her from continuing to kick and struggle. What must be determined on this appeal is whether Harbottle's participation was such that he can be found guilty of first degree murder pursuant to the provisions of s. 214(5) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, am. S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 16 (and now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 231(5)) (cited herein to R.S.C. 1970).

LE JUGE CORY — L'appelant, James Harbottle et son ami, Shawn Ross, ont séquestré Elaine Bown. Pendant qu'elle était toujours séquestrée, les mains attachées, la victime a été étranglée par Shawn Ross tandis que James Harbottle lui tenait les jambes pour l'empêcher de continuer de donner des coups de pied et de résister. Il s'agit en l'espèce de déterminer si la participation de Harbottle a été telle qu'il peut être reconnu coupable de meurtre au premier degré, conformément au par. 214(5) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, modifié par S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 16 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, par. 231(5)) (cité en l'espèce à S.R.C. 1970).

#### Factual Background

The disposition of this appeal requires the sordid factual background to be set out in some detail. The body of Elaine Bown, a 17-year-old high school student from Fonthill, Ontario, was discovered by firefighters called to a fire at 5 Lowther Avenue in Toronto in the early morning hours of July 12, 1988. She was lying on her back with her hands tied above her head. She had been strangled and the remains of a brown brassiere were found around her neck. There were copious quantities of semen in her vagina. Her blood tested negative for alcohol and drugs.

#### d Les faits

Pour statuer sur le présent pourvoi, il est nécessaire d'exposer de manière relativement détaillée les actes sordides qui sont à l'origine de l'affaire. Le cadavre d'Elaine Bown, une élève du niveau secondaire âgée de 17 ans, habitant Fonthill, en Ontario, a été découvert par les pompiers appelés à combattre un incendie qui s'était déclaré au 5, avenue Lowther, à Toronto, aux petites heures du matin, le 12 juillet 1988. Le corps de la victime reposait sur le dos et elle avait les mains attachées au-dessus de la tête. Elle avait été étranglée et avait autour du cou les restes d'un soutien-gorge brun. Elle avait une quantité considérable de sperme dans le vagin. Les analyses de son sang n'ont pas révélé la présence d'alcool ou de drogue.

This young girl was, for some strange reason, attracted by the street life of Toronto and would hitchhike into the city from Fonthill on weekends. How she met her sad fate is best described in the chilling words of the appellant uttered during a videotaped statement to the police. The appellant told the officers that prior to the rape and killing there had been no sexual activity between the victim and Ross. On the morning of the killing, Ross and the appellant woke the victim and asked if she wanted to accompany them to get some food and she said no. They left her and went to the Scott Mission to get a bag lunch. They then went to the

Pour quelque motif obscur, la jeune fille était attirée par la vie dans les rues de Toronto et, les week-ends, elle faisait de l'auto-stop à partir de Fonthill pour se rendre en ville. La manière dont elle a connu une fin tragique ressort le mieux des propos à donner le frisson tenus par l'appelant au cours d'une déclaration enregistrée sur bande vidéo qu'il a faite à la police. L'appelant a dit aux agents qu'il n'y avait eu aucune activité sexuelle entre la victime et Ross avant le viol et l'assassinat. Le matin du meurtre, Ross et l'appelant ont réveillé la victime et lui ont demandé si elle voulait les accompagner pour aller chercher de la nourri-

clothing room and got some clothes. Ross then indicated to the appellant his intentions.

In a statement to the police the appellant recounted in grim detail the sordid sequence of events which included the sexual assault, forcible confinement and ultimately the murder of the victim. His words reveal a brutish insensitivity to human suffering and death. The appellant related that while they were returning from the Scott Mission, Ross told him he was going to assault the victim sexually. When they returned to the house on Lowther Avenue, Harbottle gave Ross his knife which Ross used to cut off Elaine Bown's clothes. Harbottle then watched while Ross raped her and perpetrated the most cruel and demeaning acts upon her.

The forcible confinement and murder of the victim are depicted in the statement of the appellant in these chilling words:

He cut her, put an "X" on her chest and uh, with a razor, and then stabbed her with a knife in the arm. And uh, after that — well, he tied her up too and stuff and gagged her. And then after that he — me and him went into another room actually and uh, I said now what are you going to do? You cut her up and stuff and uh, he said why don't we kill her. And uh, I said well I don't know, maybe. And then he said well why not. And I said okay, fine. And I carried her downstairs and what not. And then I said why don't we kill her nicely, you know. I didn't want her to go through any pain or anything. So he said why don't we cut her wrists. And I said go for it. And she said she didn't want to die. He said well I'm going to have to do it. So he started slashing her wrists but she pulled away what not, so he couldn't do that. So then he said why don't we strangle her. And I said go for it then. And he cut off her bra, take her bra, wrapped it around her neck. I grabbed her leg cause she started kicking and [Ross] strangled her to death. Then we put her under the couch and we left and went and panhandled for some glue and got a little high on glue. Then went back — back about 3 o'clock in the morning or something like that and torched the place . . . [Emphasis added.]

ture. Elle a répondu non. Ils l'ont laissée et se sont rendus à la mission Scott pour obtenir un sac de nourriture. Ils sont ensuite allés se procurer des vêtements au local prévu à cette fin. Puis Ross a fait part de ses intentions à l'appellant.

Dans une déclaration à la police, l'appellant a raconté de manière sinistrement détaillée la suite sordide d'événements comprenant l'agression sexuelle de la victime, sa séquestration et finalement son assassinat. Ces propos révèlent une insensibilité brutale à la souffrance humaine et à la mort. L'appellant a raconté que, pendant qu'ils revenaient de la mission Scott, Ross lui a dit qu'il allait agresser sexuellement la victime. À leur retour à la maison de l'avenue Lowther, Harbottle a remis son couteau à Ross qui s'en est servi pour arracher les vêtements d'Elaine Bown. Harbottle a alors regardé Ross la violer et accomplir sur elle les actes les plus cruels et avilissants.

Dans sa déclaration, l'appellant décrit en ces termes à donner le frisson la séquestration et le meurtre de la victime:

[TRADUCTION] Il l'a tailladée, lui a tracé un «X» sur la poitrine et, euh!, avec un rasoir, puis il l'a poignardée au bras. Et, euh!, après ça, et bien, il l'a ligotée et bâillonnée. Puis après ça, il — lui et moi, sommes en fait allés dans une autre pièce et, euh!, j'ai dit qu'est-ce que tu vas faire maintenant? Tu la découpes, etc. et, euh!, il a dit pourquoi ne pas la tuer? Et, euh!, j'ai dit, bien je ne sais pas, peut-être. Ensuite, il a dit pourquoi pas. J'ai dit o.k., très bien. Et je l'ai transportée en bas, et quoi d'autre. Puis j'ai dit pourquoi ne pas la tuer en douceur, tu sais. Je ne voulais pas qu'elle souffre ou quoi que ce soit. Alors il a proposé de lui trancher les poignets. Et je lui ai dit que j'étais d'accord. Puis elle a dit qu'elle ne voulait pas mourir. Il a dit qu'il fallait qu'il la tue. Alors il a commencé à lui taillader les poignets, mais elle s'est dégagée et l'a empêché de continuer. Puis il a proposé de l'étrangler. Et j'ai dit d'accord, fais-le. Et il lui a enlevé son soutien-gorge avec le couteau et l'a enroulé autour de son cou. J'ai saisi ses jambes parce qu'elle commençait à donner des coups de pied et [Ross] l'a étranglée à mort. Puis nous l'avons placée sous le sofa et nous avons quitté les lieux. Nous avons mendié pour acheter de la colle et nous avons plané un peu. Ensuite, nous sommes retournés au squat — vers trois heures du matin ou à peu près, puis nous avons mis le feu à la baraque . . . [Je souligne.]

That it was essential for the appellant to intervene and to enable Ross to strangle the victim might be readily surmised from a comparison of the size of Ross and Elaine Bown. At the time of the murder, Shawn Ross was 17 years old, 5'7" tall and weighed only 130 lb. Elaine Bown was 5'4" tall and weighed 140 lb. This may give an indication of the importance and significance of the actions of Harbottle in holding her legs. The length and intensity of the struggle is also evidenced by the extensive bruising of the victim's neck which is typical of grabbing injuries and a sign of throttling.

The Court of Appeal (1992), 8 O.R. (3d) 385

Harbottle was found by the jury to be guilty of first degree murder and given the mandatory sentence of life imprisonment with no eligibility of parole for 25 years. He appealed the conviction.

At the Court of Appeal, it was conceded that Harbottle was a party to the murder of Elaine Bown while participating in her forcible confinement or sexual assault. The sole question for determination was whether or not his participation was such that he could be found guilty of first degree murder pursuant to the provisions of s. 214(5) of the *Criminal Code*.

#### *The Minority*

The reasons of the minority carefully reviewed the history of the legislation which culminated in s. 214(5). It was the minority judge's view that the words in s. 214(5) "caused the death" indicated that the Crown must establish that the accused physically caused the death of the victim. That is to say that the accused's acts were the pathological or diagnostic cause of the death. Here, the death was caused by the strangulation which was effected by Ross. Thus, although Harbottle was at a minimum a party to the underlying offence of forcible confinement and he participated in the

On pourrait facilement présumer, en comparant le poids et la taille de Ross avec ceux d'Elaine Bown, qu'il était indispensable que l'appellant intervienne pour que Ross puisse étrangler la victime. Au moment du meurtre, Shawn Ross avait 17 ans, mesurait cinq pieds et sept pouces et ne pesait que 130 livres. Elaine Bown mesurait cinq pieds et quatre pouces et pesait 140 livres. Cela donne une idée de l'importance et de la portée qu'ont eu les actes de Harbottle lorsqu'il a tenu les jambes de la victime. La durée et l'intensité de la résistance opposée par la victime ressortent également des nombreuses contusions constatées sur son cou, lesquelles correspondent aux blessures qui sont habituellement infligées par une empoigne et témoignent d'une strangulation.

La Cour d'appel (1992), 8 O.R. (3d) 385

Le jury a reconnu Harbottle coupable de meurtre au premier degré et l'a condamné à purger la peine obligatoire d'emprisonnement à perpétuité, sans possibilité de bénéficier d'une libération conditionnelle avant 25 ans. Harbottle a interjeté appel de la déclaration de culpabilité.

En Cour d'appel, il a été admis que Harbottle avait été partie au meurtre d'Elaine Bown en participant à la séquestration ou à l'agression sexuelle de la victime. Il s'agissait seulement de savoir si sa participation était telle qu'il pouvait être déclaré coupable de meurtre au premier degré, conformément au par. 214(5) du *Code criminel*.

#### *Le jugement minoritaire*

Dans le jugement minoritaire, on examine en détail l'historique de la mesure législative qui a abouti au par. 214(5). Selon le juge dissident, les mots «cause la mort» que l'on trouve au par. 214(5) indiquent que le ministère public doit prouver que l'accusé a matériellement causé la mort de la victime, c'est-à-dire que la mort est attribuable, sur le plan pathologique ou diagnostique, aux actes de l'accusé. En l'espèce, le décès est attribuable à la strangulation commise par Ross. Ainsi, même si Harbottle a, à tout le moins, été partie à l'infraction sous-jacente de séquestration et a participé au

murder by holding the victim's legs, he did not occasion her asphyxiation. As a result, he could not be found to have committed first degree murder. The position was put this way at p. 420:

In the case at bar, the evidence established asphyxia as the cause of death. That result flowed entirely from the act of strangulation performed by Ross alone. There was no physical result flowing from Harbottle's actions which contributed to the asphyxiation of Ms. Bown. His acts adversely affected Ms. Bown's ability to resist Ross' attack but they did not contribute to her inability to breathe.

Harbottle's encouragement of Ross may have led Ross to do the act which caused Ms. Bown's death. Harbottle's restraining of Ms. Bown may have facilitated or even made it possible for Ross to strangle Ms. Bown. However, Harbottle performed no part of the single physical act which on the evidence resulted in the death of Ms. Bown. That result was entirely the product of Ross' own volitional act. Harbottle was no doubt a party to that act and was legally responsible for its consequences. He did not, however, physically cause those consequences.

### *The Majority*

The majority agreed with the minority that liability under s. 214(5) was limited to the person or persons who by their own act or acts physically caused the death of the victim. However, they concluded that the words "caused the death" should not have such a narrow an interpretation as to require that the accused must be the diagnostic or pathological cause of the death. In their view, Harbottle's holding of the victim's legs while Ross strangled her with the brassiere was a sufficient basis to conclude that he had caused her death pursuant to the provisions of s. 214(5). They pointed out that if Harbottle had not done this, she might have resisted any attempts to strangle her just as she had successfully resisted the attempts to cut her wrists. They therefore dismissed the appeal.

### Analysis

At the outset, I should express my complete agreement with Galligan J.A. speaking for the

meurtre en tenant les jambes de la victime, il n'a pas provoqué son asphyxie. Il ne pouvait donc pas être reconnu coupable de meurtre au premier degré. Voici comment cette thèse est formulée, à la p. 420:

[TRADUCTION] Dans la présente affaire, la preuve a établi que l'asphyxie était la cause du décès. Celui-ci résulte en totalité de la strangulation commise par Ross seulement. Aucune conséquence matérielle des actes de Harbottle n'a contribué à l'asphyxie de M<sup>me</sup> Bown. Ses actes ont empêché la victime de résister à l'agression de Ross, mais ils n'ont pas contribué à son incapacité de respirer.

L'encouragement de Ross par Harbottle a pu inciter Ross à accomplir l'acte qui a causé la mort de M<sup>me</sup> Bown. Le fait que Harbottle a immobilisé M<sup>me</sup> Bown a pu faciliter son étranglement par Ross ou même le rendre possible. Toutefois, Harbottle n'a pas pris part à l'acte physique qui, selon la preuve, a entraîné la mort de M<sup>me</sup> Bown. Ce résultat est entièrement imputable à l'acte accompli par Ross de son propre chef. Harbottle a indubitablement été partie à cet acte et a été légalement responsable de ses conséquences, mais il n'a pas matériellement provoqué ces conséquences.

### *Le jugement majoritaire*

Les juges formant la majorité ont convenu avec le juge dissident que la responsabilité découlant du par. 214(5) était limitée aux personnes qui, de leur propre fait, ont matériellement causé la mort de la victime. Cependant, ils ont conclu que l'expression «cause la mort» ne devrait pas être interprétée restrictivement au point d'exiger que le décès soit imputable, sur le plan pathologique ou diagnostique, à l'acte de l'accusé. Selon eux, le fait que Harbottle a tenu les jambes de la victime pendant que Ross l'étranglait avec le soutien-gorge est suffisant pour conclure qu'il a causé sa mort au sens du par. 214(5). Ils ont souligné que si Harbottle n'avait pas agi ainsi, la victime aurait pu résister à toute tentative d'étranglement tout comme elle avait réussi à empêcher qu'on lui tranche les poignets. Ils ont donc rejeté l'appel.

### Analyse

D'emblée, je précise que je partage entièrement l'avis du juge Galligan qui a affirmé, au nom de la



majority that there was ample evidence upon which the jury could have found that the murder of Elaine Bown was planned and premeditated by both Harbottle and Ross. Following the sexual assault, the two went out of the room and discussed the murder of the victim. They talked about slashing her wrists and Harbottle advocated that they kill her "nicely". Later, when slashing her wrists proved ineffective, they again discussed how best to kill her and determined that she should be strangled. Harbottle then carried her part way down the stairs until he fell. She walked the rest of the way. Ross and Harbottle then proceeded to carry out the planned strangulation. I would have thought that there would be no question that the jury's verdict of first degree murder could have been based upon the evidence of planning and premeditation.

However, the trial judge told the jury she had difficulty pointing to evidence of planning and deliberation. Therefore the jury was charged as well on the basis that the murder could have occurred while the victim was being sexually assaulted or forcibly confined and might thereby be found to be first degree murder. It is impossible to know on which basis the jury reached its verdict. It follows that if the charge with regard to s. 214(5) was not correct there must be a new trial. It is therefore essential that this issue be explored.

Section 214 is designed to impose the longest possible term of imprisonment without eligibility for parole upon those who commit the most grievous murders. It is concerned with contract killers, with those who murder police and correctional officers, with those who murder after due planning and premeditation, and with those who murder while committing crimes of domination.

To this effect, the portions of s. 214(5) relevant to this case provide that:

Cour d'appel à la majorité, qu'il y avait de nombreux éléments de preuve qui auraient permis au jury de conclure que le meurtre d'Elaine Bown a été prémédité à la fois par Harbottle et par Ross. Après l'agression sexuelle, les deux étaient sortis de la pièce et avaient discuté du meurtre de la victime. Ils ont parlé de lui taillader les poignets et Harbottle a proposé de la tuer «en douceur». Plus tard, lorsque la tentative de lui taillader les poignets a échoué, ils ont à nouveau discuté de la meilleure façon de la tuer et ils ont décidé de l'étrangler. Harbottle a ensuite transporté la victime à mi-chemin en bas, par l'escalier, jusqu'à ce qu'il tombe. Elle a fait le reste du parcours en marchant. Ross et Harbottle ont alors mis à exécution leur projet de strangulation. J'aurais cru qu'il n'aurait fait aucun doute que le verdict du jury déclarant l'appelant coupable de meurtre au premier degré aurait pu se fonder sur la preuve de préméditation.

Cependant, le juge du procès a dit au jury qu'elle avait du mal à distinguer une preuve de préméditation et de propos délibéré. Dans son exposé, elle a donc précisé également que le meurtre aurait pu être commis pendant l'agression sexuelle ou la séquestration de la victime, et qu'il serait, de ce fait, possible de juger qu'il s'agit d'un meurtre au premier degré. Il est impossible de déterminer ce sur quoi le jury s'est fondé pour en arriver à son verdict. Il s'ensuit que si l'exposé au jury concernant le par. 214(5) n'était pas juste, un nouveau procès doit avoir lieu. Il est donc essentiel d'examiner cette question.

L'article 214 a pour objet d'infliger aux personnes qui commettent les meurtres les plus crapuleux la peine d'emprisonnement la plus longue possible, sans possibilité de bénéficier d'une libération conditionnelle. Il vise le tueur à gages, le meurtrier d'un policier ou d'un agent des services correctionnels, celui qui commet un meurtre après l'avoir dûment prémédité et celui qui cause la mort en commettant un crime comportant domination.

À cet égard, voici les parties du par. 214(5) qui sont pertinentes en l'espèce:

214. . . .

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

(b) section 246.1 (sexual assault);

(c) section 246.2 (sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm);

(d) section 246.3 (aggravated sexual assault); or

(e) section 247 (kidnapping and forcible confinement). [Emphasis added.]

At the outset I should state that I agree with Galligan J.A., at p. 391, that the question of causation under s. 214(5) "does not require a determination of who is a party to the commission of a particular offence" under s. 21. Certainly, principles of causation and secondary liability are not unrelated. See Eric Colvin, *Principles of Criminal Law* (2nd ed. 1991), at p. 349. On this subject, the English cases have made fine distinctions between first and second degree principals to a crime and between accessories before and after the fact. However, the broad wording of s. 21 makes a consideration of these fine distinctions unnecessary and inappropriate. See *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652, at p. 693, citing *R. v. Harder*, [1956] S.C.R. 489, at p. 493, and Alan W. Mewett and Morris Manning in *Criminal Law* (2nd ed. 1985), at p. 43. What must be determined is the meaning of the words "when the death is caused by that person" as they appear in s. 214(5).

#### *History of s. 214(5) and Its Present Wording*

It was the position of the appellant, based upon the reasons of the minority in the Court of Appeal, that the legislative history of s. 214(5) compels an extremely narrow interpretation of the words "death is caused". It is contended that the subsection is applicable only to a person who diagnosti-

214. . . .

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

b) article 246.1 (agression sexuelle);

c) article 246.2 (agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles);

d) article 246.3 (agression sexuelle grave); ou

e) article 247 (enlèvement et séquestration). [Je souligne.]

Je dois préciser tout d'abord que je suis d'accord avec le juge Galligan, à la p. 391, pour dire que la question de la causalité au sens du par. 214(5) [TRADUCTION] «n'exige pas que l'on détermine qui est un participant à une infraction donnée», au sens de l'art. 21. Les principes de la causalité et de la responsabilité secondaire ne sont certainement pas étrangers l'un à l'autre. Voir Eric Colvin, *Principles of Criminal Law* (2<sup>e</sup> éd. 1991), à la p. 349. À cet égard, la jurisprudence britannique a établi des distinctions subtiles entre l'auteur d'un crime au premier degré et l'auteur d'un crime au deuxième degré et entre le complice avant le fait et le complice après le fait. Toutefois, la formulation générale de l'art. 21 rend inutile et inapproprié l'examen de ces distinctions subtiles. Voir *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652, à la p. 693, citant l'arrêt *R. c. Harder*, [1956] R.C.S. 489, à la p. 493, ainsi que Alan W. Mewett et Morris Manning, *Criminal Law* (2<sup>e</sup> éd. 1985), à la p. 43. Ce qu'il faut déterminer c'est le sens des mots «quiconque cause la mort» employés au par. 214(5).

#### *Historique du par. 214(5) et texte actuel*

L'appellant a fait valoir, en s'appuyant sur les motifs du jugement minoritaire en Cour d'appel, que l'historique législatif du par. 214(5) force à interpréter l'expression «cause la mort» de manière extrêmement restrictive. Il prétend que ce paragraphe ne s'applique qu'à la personne qui, sur

cally occasions the death of the victim. This reasoning is based upon the amendments resulting from the *Criminal Law Amendment Act (No. 2), 1976*, S.C. 1974-75-76, c. 105, s. 4. That legislation changed the relevant wording of the section from "by his own act caused or assisted in causing the death" to "when the death is caused by that person," the wording which is still found in the current section. From this, it is argued that, since the new wording does not include "assisted", those who were simply parties to the murder could not be included. With respect I cannot accept that position.

The difficulties caused by such an interpretation can be readily appreciated when the old and new wording is juxtaposed:

Old — "by his own act caused or assisted in causing the death"

New — "when the death is caused by that person".

It can be seen that Parliament deleted both the words "his own act" and "caused or assisted in causing" and replaced them simply with the word "caused". That single word is, in my view, broad enough to include both perpetrators and those who assist in the murder and come within the purview of the substantial cause test I will set out later. Perhaps the error of the minority came about as a result of emphasizing the repeal of the words "assisted in causing" but leaving in, for purposes of interpretation, the old phrase "by his own act". This results in an interpretation of s. 214(5) as though it read "when death is caused by his own act" to the exclusion of the acts of other parties. On its face, the use of the wording "by that person" in the last version of the section cannot, in my view, have the same limiting effect as the previous formulation "by his own act".

On the other hand, the Crown contends that the phrase in s. 214(5) "when the death is caused by that person" is no more than an adoption by reference of the wording of s. 212(a) (now s. 229(a)) and not a distinct causation requirement. That pro-

le plan diagnostique, cause la mort de la victime. Ce raisonnement se fonde sur les modifications apportées par la *Loi de 1976 modifiant le droit pénal, n° 2*, S.C. 1974-75-76, ch. 105, art. 4. Cette loi a supprimé, en français, dans le passage pertinent de l'article, les mots «par son propre fait, a causé ou aidé à causer la mort», lesquels sont maintenant remplacés dans la disposition actuelle par les mots «lorsque la mort est causée par cette personne». Partant, on soutient que celui qui n'est qu'un participant au meurtre ne saurait être visé étant donné que le nouveau texte n'emploie pas le mot «aidé». En toute déférence, je ne saurais partager ce point de vue.

Les difficultés que soulève une telle interprétation ressortent mieux lorsqu'on juxtapose l'ancien et le nouveau textes:

L'ancien — «par son propre fait, a causé ou aidé à causer la mort»

Le nouveau — «lorsque la mort est causée par cette personne»

On peut constater que le Parlement a supprimé les termes «par son propre fait» et «a causé ou aidé à causer» et les a remplacés tout simplement par l'expression «est causée». Cette expression a une portée suffisamment générale, selon moi, pour viser tant l'auteur du meurtre que celui qui aide à le perpétrer et auquel s'applique le critère de la cause substantielle, que je vais énoncer plus loin. Il se peut que l'erreur du juge dissident résulte de ce qu'il a insisté sur la suppression des mots «aidé à causer» tout en conservant, à des fins d'interprétation, l'ancienne expression «par son propre fait». Il s'ensuit qu'on interprète le par. 214(5) comme s'il se lisait «cause la mort par son propre fait», à l'exclusion des actes d'autres parties. De prime abord, l'emploi des mots «par cette personne», dans la dernière version, ne saurait, selon moi, avoir le même effet restrictif que la formulation antérieure «par son propre fait».

Par ailleurs, le ministère public prétend que les mots «quiconque cause la mort», au par. 214(5), ne sont rien de plus que l'adoption par renvoi du texte de l'al. 212(a) (maintenant l'al. 229(a)), et non une exigence distincte de lien de causalité. Cet alinéa

vision states that culpable homicide is murder “where the person who causes the death of a human being” means to cause his death. (Emphasis added.) Neither can I accept that position. If Parliament had wished to accomplish this result it could have stated that murder was to be first degree murder “when the murder is committed by that person while committing” an offence of domination. Instead it reiterated a causation requirement within s. 214(5) and effect must be given to that additional phrase.

It is appropriate to review the terminology used in the *Criminal Code*'s homicide provisions. It is not easy to understand the structure of these provisions. It will be seen that they are not completely consistent. With appropriate editing for this case they read as follows:

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

**212.** Culpable homicide is murder

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

(i) means to cause his death . . .

**214.** . . .

(3) Without limiting the generality of subsection (2) [planned and deliberate], 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 any one or counselling or procuring another person to do any act causing or assisting in causing that death.

(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:

(b) section 246.1 (sexual assault);

prévoit que l'homicide coupable est un meurtre «lorsque la personne qui cause la mort d'un être humain» a l'intention de causer sa mort. (Je souligne.) Je ne saurais non plus accepter ce point de vue. Si le Parlement avait voulu qu'il en soit ainsi, il aurait pu dire qu'un meurtre est un meurtre au premier degré «lorsque ce meurtre est perpétré par cette personne en commettant» une infraction comportant domination. Il a plutôt réitéré l'exigence d'un lien de causalité au par. 214(5), et il faut mettre à exécution ces mots additionnels.

Il convient d'examiner la terminologie employée dans les dispositions du *Code criminel* relatives à l'homicide. Il n'est pas facile de comprendre la manière dont ces dispositions sont organisées. On constatera qu'elles ne sont pas complètement cohérentes. En les présentant de manière appropriée pour les fins de la présente affaire, en voici le texte:

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

**212.** L'homicide coupable est un meurtre

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

(i) a l'intention de causer sa mort . . .

**214.** . . .

(3) Sans restreindre la généralité du paragraphe (2) [avec préméditation], 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, incitation ou fourniture de conseils.

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

b) article 246.1 (agression sexuelle);

(c) section 246.2 (sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm);

(d) section 246.3 (aggravated sexual assault); or

(e) section 247 (kidnapping and forcible confinement). [Emphasis added.]

These sections appear to set out three levels of causation which are in addition to the special causation rules set out in ss. 204 to 211 (now ss. 221 to 228). In the general homicide definition, indirect causes are specifically included. However, they disappear in the murder and first degree murder definitions contained in ss. 212(a) and 214(5) (now ss. 229(a) and 231(5)). Yet effect must be given to the words "causing or assisting in causing the death" as they appear in s. 214(3).

The place and role of each section within the legislative scheme is therefore vital to a determination of the causation that is required for each of the homicide offences.

#### *Case Law on the Section*

There is an extensive jurisprudence that deals with the interpretation of what is now s. 231(5). The Crown placed particular emphasis on *R. v. Kirkness*, [1990] 3 S.C.R. 74, in arguing that there was no special causation requirement for s. 214(5).

#### Effect of *Kirkness*

In *R. v. Kirkness*, two accused men broke into the home of an elderly woman with the aim of burglarizing it. Kirkness' co-accused sexually assaulted and eventually killed the victim. Both were charged with first degree murder on the grounds that the killing was planned and deliberate. Kirkness was acquitted while his co-accused was found guilty of first degree murder. The debate over s. 214(5) arose when the Manitoba Court of Appeal set aside the acquittal and directed a new trial of Kirkness on a charge of manslaughter.

c) article 246.2 (agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles);

d) article 246.3 (agression sexuelle grave); ou

e) article 247 (enlèvement et séquestration). [Je souligne.]

Ces dispositions semblent énoncer trois niveaux de causalité qui s'ajoutent aux règles particulières en matière de causalité, établies aux art. 204 à 211 (maintenant les art. 221 à 228). Dans la définition générale de l'homicide, les causes indirectes sont expressément incluses. Toutefois, elles disparaissent dans les définitions du meurtre et du meurtre au premier degré figurant à l'al. 212a) et au par. 214(5) (maintenant l'al. 229a) et le par. 231(5)) respectivement. Pourtant, il y a lieu de mettre à exécution les mots «la perpétration ou la complicité par assistance» qui sont employés au par. 214(3).

La place et le rôle de chaque disposition du régime législatif sont donc cruciaux pour déterminer le lien de causalité requis pour chacune des infractions d'homicide.

#### *Jurisprudence relative à la disposition en cause*

Il existe une jurisprudence abondante concernant l'interprétation de ce qui constitue maintenant le par. 231(5). Le ministère public a insisté particulièrement sur l'arrêt *R. c. Kirkness*, [1990] 3 R.C.S. 74, en faisant valoir qu'il n'y avait aucune exigence particulière de causalité pour le par. 214(5).

#### Effet de l'arrêt *Kirkness*

Dans l'affaire *R. c. Kirkness*, les deux accusés s'étaient introduits par effraction dans la maison d'une dame âgée dans le but de la cambrioler. Le coaccusé de Kirkness avait agressé sexuellement la victime et fini par l'assassiner. Les deux hommes ont été accusés de meurtre au premier degré pour le motif que le meurtre avait été prémédité. Kirkness a été acquitté tandis que le coaccusé a été reconnu coupable de meurtre au premier degré. La controverse relative au par. 214(5) a pris naissance lorsque la Cour d'appel du Manitoba a annulé le

ter. They did so on the basis that the single transaction principle which was set out by this Court in *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618, was pertinent in considering Kirkness' potential liability for manslaughter and that the jury should have been instructed in that manner.

In this Court, the acquittal of Kirkness was restored and it was held that the transaction based analysis set out in *Paré* was limited to assessing liability under s. 214(5) and had no application to the offence of manslaughter. In the course of the reasons I stated at pp. 86-87:

The decision in *Paré* reflects and clarifies that policy decision by concluding that where death ensues as part of a single ongoing transaction in the course of committing crimes involving domination, it will be considered to be first degree murder. The single transaction analysis utilized in *Paré* requires that the Crown first establish that the accused committed the underlying offence and that he or she also committed the murder. Similarly for party offences, the Crown must first establish that the accused was a party to both offences before s. 214(5) could be applied. It is only when this has been accomplished that the court may then consider whether the two offences were sufficiently closely connected in time to allow the murder to be classified as first degree. This approach cannot be utilized in the context of manslaughter because there is no classification of that offence contained in the *Code*. It follows that the *Paré* analysis should be restricted to the classification of murder. [Emphasis added.]

The Crown has argued that this portion of the reasons indicates that an accused may be found guilty of first degree murder in all cases where he was a party in any way to both the murder and the underlying offence. I cannot accept that contention. *Kirkness* was primarily concerned with the meaning to be given to the words "while committing" in s. 214(5) and what application they might have when the charge was manslaughter and not murder. The case was not concerned with the phrase

verdict d'acquiescement et ordonné que Kirkness subisse un nouveau procès relativement à une accusation d'homicide involontaire coupable. Elle l'a fait pour le motif que le principe de l'affaire unique, établi par notre Cour dans *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618, était pertinent pour examiner si Kirkness pouvait être responsable d'homicide involontaire coupable, et que le jury aurait dû recevoir des directives en ce sens.

Notre Cour a rétabli le verdict d'acquiescement de Kirkness et statué que l'analyse fondée sur l'affaire unique, énoncée dans l'arrêt *Paré*, devait être limitée à la détermination de la responsabilité aux termes du par. 214(5) et ne s'appliquait nullement à l'infraction d'homicide involontaire coupable. Dans les motifs que j'ai rédigés dans cette affaire, j'affirme, aux pp. 86 et 87:

L'arrêt *Paré* traduit et clarifie cette décision de principe en concluant que, lorsque le décès survient dans le cadre d'une affaire unique continue, au cours de la perpétration de crimes supposant la domination, il sera considéré comme un meurtre au premier degré. L'analyse fondée sur l'affaire unique, utilisée dans l'arrêt *Paré*, exige que la poursuite démontre d'abord que l'accusé a commis l'infraction sous-jacente et qu'il a également commis le meurtre. De même en ce qui a trait aux infractions perpétrées à titre de participant, la poursuite doit d'abord établir que l'accusé était partie aux deux infractions avant que le par. 214(5) puisse s'appliquer. Ce n'est qu'après cela que le tribunal peut examiner la question de savoir si les deux infractions étaient suffisamment rapprochées dans le temps pour permettre que le meurtre soit qualifié de meurtre au premier degré. Cette méthode ne peut être utilisée dans le contexte de l'homicide involontaire coupable parce que le *Code* ne crée pas de catégories à l'égard de cette infraction. Il en découle que l'analyse utilisée dans l'arrêt *Paré* devrait se limiter à établir la catégorie de meurtre. [Je souligne.]

Le ministère public a soutenu que cette partie des motifs indique qu'un accusé peut être reconnu coupable de meurtre au premier degré dans tous les cas où il est partie, de quelque manière, au meurtre et à l'infraction sous-jacente. Je ne puis accepter cet argument. L'arrêt *Kirkness* portait principalement sur le sens des mots «en commettant» qui sont employés au par. 214(5) et sur l'application qu'ils pourraient avoir lorsque l'accusation en serait une d'homicide involontaire coupable et non