

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Paul Benjamin Davy** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. JACKSON

File No.: 22808.

1993: June 3; 1993: December 16.

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 — Parties to offences — Aiding and abetting — Murder or manslaughter — Whether party who aids and abets may be convicted of manslaughter under s. 21(1) of Criminal Code where principal guilty of murder — Mens rea required for conviction for manslaughter under s. 21(1) of Code — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 21(1).*

*Criminal law — Parties to offences — Common intention — Murder or manslaughter — Whether party to common unlawful purpose may be convicted of manslaughter under s. 21(2) of Criminal Code where principal guilty of murder — Mens rea required for conviction for manslaughter under s. 21(2) of Code — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 21(2).*

*Criminal law — Parties to offences — Charge to jury — Evidence capable of supporting murder or manslaughter — Whether trial judge should have instructed jury that a party under s. 21(1) or 21(2) of Criminal Code may be guilty of manslaughter even though principal guilty of murder — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 21.*

J and the accused were charged with first degree murder following the killing of J's employer. J believed that the victim, with whom he had a homosexual relationship, had brought in a new employee to take his place. On the night of the murder, the accused drove J to the

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **Paul Benjamin Davy** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. JACKSON

N<sup>o</sup> du greffe: 22808.<sup>b</sup> 1993: 3 juin; 1993: 16 décembre.

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

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit criminel — Participants à des infractions — Aider et encourager à commettre une infraction — Meurtre ou homicide involontaire — La partie qui aide et encourage à commettre une infraction peut-elle être reconnue coupable d'homicide involontaire en vertu de l'art. 21(1) du Code criminel dans le cas où l'auteur principal est coupable de meurtre? — Mens rea requise pour qu'il y ait déclaration de culpabilité d'homicide involontaire en vertu de l'art. 21(1) du Code — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 21(1).*

*Droit criminel — Participants à des infractions — Intention commune — Meurtre ou homicide involontaire — Un participant à la réalisation d'une fin commune illégale peut-il être reconnu coupable d'homicide involontaire en vertu de l'art. 21(2) du Code criminel dans le cas où l'auteur principal est coupable de meurtre? — Mens rea requise pour qu'il y ait déclaration d'homicide involontaire en vertu de l'art. 21(2) du Code — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 21(2).*

*Droit criminel — Participants à des infractions — Directives au jury — Preuve susceptible de justifier une déclaration de culpabilité de meurtre ou d'homicide involontaire — Le juge du procès aurait-il dû dire au jury qu'un participant à une infraction, au sens de l'art. 21(1) ou 21(2) du Code criminel, peut être coupable d'homicide involontaire, même si l'auteur principal est coupable de meurtre? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 21.*

J et l'accusé ont été inculpés de meurtre au premier degré à la suite de l'homicide commis sur la personne de l'employeur de J. J croyait que la victime, avec laquelle il entretenait des relations homosexuelles, avait engagé un nouvel employé pour le remplacer. La nuit du meur-

victim's antique shop. According to J, the accused never left the car and was unaware of what happened in the shop. J admitted to entering the shop, losing control and striking the victim with a hammer. The accused gave a different story. According to him, J talked on the way to the shop about killing the victim, although the accused took this to be a joke. J got out of the car carrying a hammer, balaclava and gloves, and ordered the accused to follow him. J entered the shop and the accused remained outside near the door where he heard loud voices and noises, suggesting that someone was getting hit. The accused became frightened and ran down the driveway toward the car. J ran after him, hit him and forced him to return to the shop. He then told the accused to retrieve the cash box. The Crown's theory was that J and the accused both entered the shop and both participated fully in the attacks as well as the robbery. The trial judge charged the jury on both murder and manslaughter. He set out a number of plausible scenarios but in none of them was it suggested that the accused might be guilty of manslaughter. Rather, the trial judge expressed the opinion that this was unlikely. The jury found J guilty of first degree murder and the accused of second degree murder. The Court of Appeal set aside the accused's conviction and directed a new trial on the ground that the trial judge did not adequately instruct the jury as to the accused's potential liability for manslaughter under ss. 21(1) and 21(2) of the *Criminal Code*.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.:* A person who aids and abets another in the offence of murder can be guilty of that offence under s. 21(1)(b) and (c) of the *Code* if he possesses the requisite *mens rea* for murder. Where the aider and abettor does not have the *mens rea* required for murder, he may be guilty of the lesser offence of manslaughter if he possesses the requisite *mens rea* for that offence. Unlawful act manslaughter under s. 21(1)(b) and (c) does not require a subjective appreciation of the consequences of the act. The test is objective. Nor is it necessary that the risk of death be foreseeable. As long as the unlawful act is inherently dangerous and harm to another which is neither trivial nor transitory is its foreseeable consequence, the resultant death amounts to manslaughter. A person may thus

tre, l'accusé a conduit J à la boutique d'antiquités de la victime. D'après J, l'accusé n'est jamais descendu de la voiture et ignorait ce qui s'est passé à l'intérieur de la boutique. J a avoué être entré dans la boutique, avoir perdu la tête et avoir assené des coups de marteau à la victime. La version de l'accusé était différente. D'après lui, pendant qu'ils se dirigeaient vers la boutique, J a parlé de tuer la victime, mais l'accusé a cru que c'était une blague. J est sorti de la voiture, marteau, cagoule et gants en main, et il a ordonné à l'accusé de le suivre. J est entré dans la boutique et l'accusé est resté à l'extérieur, près de la porte, où il a entendu des échanges de propos bruyants ainsi que des bruits qui lui ont fait croire que quelqu'un recevait des coups. L'accusé a pris peur et a descendu l'allée en courant vers la voiture. J s'est lancé à sa poursuite, l'a frappé et l'a obligé à retourner dans la boutique. Il a alors dit à l'accusé de ramasser la caisse. Selon la thèse du ministre public, J et l'accusé sont tous deux entrés dans la boutique et ont tous deux participé pleinement aux agressions et au vol qualifié. Le juge du procès a donné au jury des directives à la fois sur le meurtre et sur l'homicide involontaire coupable. Il a exposé un certain nombre de scénarios plausibles, mais dans aucun cas n'a-t-il indiqué que l'accusé pourrait être coupable d'homicide involontaire coupable. Au contraire, le juge du procès a exprimé l'avis que cela était peu probable. Le jury a reconnu J coupable de meurtre au premier degré, et l'accusé, coupable de meurtre au deuxième degré. La Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité de l'accusé et a ordonné la tenue d'un nouveau procès pour le motif que le juge du procès n'a pas donné au jury des directives suffisantes sur la possibilité que l'accusé soit responsable d'un homicide involontaire coupable en vertu des par. 21(1) et 21(2) du *Code criminel*.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

*Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major:* Quiconque aide et encourage quelqu'un à commettre l'infraction de meurtre peut être coupable de cette même infraction en vertu des al. 21(1)(b) et (c) du *Code* s'il possède la *mens rea* requise pour le meurtre. Si toutefois cette personne n'a pas la *mens rea* requise pour le meurtre mais possède celle nécessaire pour l'infraction moindre d'homicide involontaire coupable, elle peut être coupable de cette dernière infraction. En vertu des al. 21(1)(b) et (c), l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal ne requiert pas la conscience subjective des conséquences de l'acte accompli. Le critère qui s'applique est un critère objectif. Il n'est pas nécessaire non plus que le risque de mort soit prévisible. Pourvu que l'acte illégal soit intrinsèquement dangereux et qu'il

be convicted of manslaughter who aids and abets another person in the offence of murder, where a reasonable person in all the circumstances would have appreciated that bodily harm was the foreseeable consequence of the dangerous act which was being undertaken.

As well, under s. 21(2) of the *Code*, where a common unlawful purpose has been demonstrated and one party to the purpose has committed murder, another party to the purpose may be convicted of either murder or manslaughter. The offence referred to in s. 21(2) is not confined to the offence of which the perpetrator is convicted but extends to included offences. The appropriate *mens rea* for manslaughter under s. 21(2) is objective awareness of the risk of harm. It follows that a conviction for manslaughter under s. 21(2) does not require foreseeability of death, but only foreseeability of harm, which in fact results in death. A party to a common intention to carry out an unlawful purpose under s. 21(2) may thus be guilty of manslaughter, even though the perpetrator was guilty of murder, if he did not foresee the probability of murder but a reasonable person in all the circumstances would have foreseen at least a risk of harm to another as a result of carrying out the common intention.

Here, the accused was entitled to have the verdict of manslaughter clearly put to the jury. The evidence adduced at trial was capable of supporting a conviction for manslaughter on the basis that the accused was an aider and abettor under s. 21(1) or that he was a party to a common intention to carry out an unlawful purpose under s. 21(2). It was thus essential that the jury be instructed with respect to the accused's potential liability for manslaughter under these sections. Given the trial judge's failure to set out the basis for convicting the accused of manslaughter under ss. 21(1) and 21(2) and the absence of any instruction that a party may be guilty of manslaughter even though the perpetrator is guilty of murder, one cannot be satisfied that the verdict was just.

ait pour conséquence prévisible de causer à autrui des blessures qui ne sont ni sans importance ni de nature passagère, la mort qui en résulte constitue un homicide involontaire coupable. Ainsi, la personne qui aide et encourage quelqu'un d'autre à commettre un meurtre peut être déclarée coupable d'homicide involontaire coupable si, compte tenu de toutes les circonstances, une personne raisonnable se serait rendu compte que l'acte dangereux qui était accompli avait pour conséquence prévisible de causer des lésions corporelles.

De même, en vertu du par. 21(2) du *Code*, lorsqu'on a démontré l'existence d'une fin commune illégale et qu'un participant à la réalisation de cette fin a commis un meurtre, un autre participant à la réalisation de la même fin peut être déclaré coupable soit de meurtre soit d'homicide involontaire coupable. L'infraction mentionnée au par. 21(2) ne se limite pas à l'infraction même dont l'auteur est reconnu coupable, mais englobe les infractions incluses. La *mens rea* requise pour déclarer quelqu'un coupable d'homicide involontaire coupable en vertu du par. 21(2) est la conscience objective du risque de blessures. Il s'ensuit qu'une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable fondée sur le par. 21(2) exige non pas la prévisibilité de la mort, mais seulement la prévisibilité de blessures qui, en fait, entraînent la mort. Quiconque participe à un projet commun de poursuivre une fin illégale au sens du par. 21(2) peut donc être coupable d'homicide involontaire coupable, même si l'auteur de l'infraction s'est rendu coupable de meurtre, dans le cas où ce participant n'a pas prévu qu'un meurtre serait probablement commis mais où, compte tenu de toutes les circonstances, une personne raisonnable aurait prévu au moins le risque de causer des blessures à autrui par suite de la réalisation de l'intention commune.

En l'espèce, l'accusé avait droit à ce que la possibilité d'un verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable soit clairement soumise à l'appréciation du jury. La preuve produite au procès pouvait justifier une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable pour le motif que l'accusé avait aidé et encouragé à commettre une infraction, au sens du par. 21(1), ou qu'il avait participé à un projet commun de poursuivre une fin illégale au sens du par. 21(2). Il était donc essentiel que le jury reçoive des directives sur la possibilité que l'accusé soit responsable d'un homicide involontaire coupable en vertu de ces paragraphes. On ne saurait être convaincu que le verdict était juste étant donné l'omission du juge du procès de dire sur quoi on pouvait se baser pour déclarer l'accusé coupable d'homicide involontaire coupable en vertu des par. 21(1) et 21(2), et

This was not a proper case for the application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*.

*Per* Lamer C.J.: The reasons of McLachlin J. were generally agreed with. In particular, an accused can be convicted of manslaughter under s. 21(2) of the *Criminal Code* if the accused, having formed an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist the perpetrator therein, knew or ought to have known that a probable consequence of carrying out the common purpose was the carrying out by the perpetrator of a dangerous act which a reasonable person could recognize as creating the risk of bodily harm which is neither trivial nor transitory. No *Charter* issue was raised in this appeal.

#### Cases Cited

By McLachlin J.

**Applied:** *R. v. Kirkness*, [1990] 3 S.C.R. 74; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *R. v. Trinneer*, [1970] S.C.R. 638; **approved:** *R. v. Emkeit* (1971), 3 C.C.C. (2d) 309; *R. v. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405; **disapproved:** *R. v. Wong* (1978), 41 C.C.C. (2d) 196; *Hébert v. R.* (1986), 51 C.R. (3d) 264; **referred to:** *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; *R. v. Tomkins*, [1985] 2 N.Z.L.R. 253; *R. v. Logan*, [1990] 2 S.C.R. 731; *Bullard v. The Queen*, [1957] A.C. 635.

By Lamer C.J.

**Applied:** *R. v. Trinneer*, [1970] S.C.R. 638; *R. v. Kirkness*, [1990] 3 S.C.R. 74; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1927, c. 36, s. 69(2).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 21, 686(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1991), 51 O.A.C. 92, 68 C.C.C. (3d) 385, 9 C.R. (4th) 57, allowing the accused's appeal

compte tenu de l'absence de toute directive voulant qu'un participant à une infraction puisse être coupable d'homicide involontaire coupable même si l'auteur principal est coupable de meurtre. Il ne s'agissait pas d'un cas où il convenait d'appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code*.

*Le juge en chef Lamer:* Les motifs du juge McLachlin sont généralement acceptés. En particulier, il est possible de reconnaître coupable d'homicide involontaire coupable, en vertu du par. 21(2) du *Code criminel*, l'accusé qui, ayant formé avec autrui le projet de poursuivre une fin illégale et d'aider l'auteur d'une infraction, savait ou devait savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration, par l'auteur de l'infraction, d'un acte dangereux qu'une personne raisonnable pourrait reconnaître comme créant un risque de lésions corporelles qui ne sont ni sans importance ni de nature passagère. Aucune question relative à la *Charte* n'a été soulevée en l'espèce.

#### Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

**Arrêts appliqués:** *R. c. Kirkness*, [1990] 3 R.C.S. 74; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *R. c. Trinneer*, [1970] R.C.S. 638; **arrêts approuvés:** *R. c. Emkeit* (1971), 3 C.C.C. (2d) 309; *R. c. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405; **arrêts désapprouvés:** *R. c. Wong* (1978), 41 C.C.C. (2d) 196; *Hébert c. R.* (1986), 51 C.R. (3d) 264; **arrêts mentionnés:** *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *R. c. Tomkins*, [1985] 2 N.Z.L.R. 253; *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731; *Bullard c. The Queen*, [1957] A.C. 635.

Citée par le juge en chef Lamer

**Arrêts appliqués:** *R. c. Trinneer*, [1970] R.C.S. 638; *R. c. Kirkness*, [1990] 3 R.C.S. 74; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 21, 686(1)(b)(iii).  
*Code criminel*, S.R.C. 1927, ch. 36, art. 69(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 51 O.A.C. 92, 68 C.C.C. (3d) 385, 9 C.R. (4th) 57, qui a accueilli l'appel inter-

from his conviction on a charge of second degree murder. Appeal dismissed.

*Kenneth L. Campbell and Jay Naster*, for the appellant.

*Marc Rosenberg and Richard T. Crothers*, for the respondent.

The following are the reasons delivered by

LAMER C.J. — I agree with Justice McLachlin's proposed disposition of this appeal and generally with her reasons. In particular, I agree that having regard to the decisions of this Court in *R. v. Trinneer*, [1970] S.C.R. 638, *R. v. Kirkness*, [1990] 3 S.C.R. 74, and *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3, an accused can be convicted of manslaughter under s. 21(2) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, if the accused, having formed an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist the perpetrator therein, knew or ought to have known that a probable consequence of carrying out the common purpose was the carrying out by the perpetrator of a dangerous act which a reasonable person could recognize as creating the risk of bodily harm which is neither trivial nor transitory.

In so holding, I would emphasize that the Court is not here concerned with any issue under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, no such point having been raised or argued.

The judgment of La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

MCLACHLIN J. — Paul Benjamin Davy stands convicted of the second degree murder of Eugene Rae. The Court of Appeal of Ontario ordered a new trial on the ground that the charge to the jury did not adequately describe the alternative of manslaughter. The Crown now appeals to this Court.

jeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Pourvoi rejeté.

*Kenneth L. Campbell et Jay Naster*, pour l'appelante.

*Marc Rosenberg et Richard T. Crothers*, pour l'intimé.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER — Je souscris à la façon dont le juge McLachlin propose de statuer sur le présent pourvoi et, d'une manière générale, à ses motifs. En particulier, je suis d'accord pour dire que, compte tenu des arrêts de notre Cour *R. c. Trinneer*, [1970] R.C.S. 638, *R. c. Kirkness*, [1990] 3 R.C.S. 74, et *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, il est possible de reconnaître coupable d'homicide involontaire coupable, en vertu du par. 21(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, l'accusé qui, ayant formé avec autrui le projet de poursuivre une fin illégale et d'aider l'auteur d'une infraction, savait ou devait savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration, par l'auteur de l'infraction, d'un acte dangereux qu'une personne raisonnable pourrait reconnaître comme créant un risque de lésions corporelles qui ne sont ni sans importance ni de nature passagère.

En tirant cette conclusion, je soulignerais que la Cour n'est saisie en l'espèce d'aucune question relative à la *Charte canadienne des droits et libertés*, puisque aucune question de cette nature n'a été soulevée ou débattue.

Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE MCLACHLIN — Paul Benjamin Davy a été reconnu coupable du meurtre au deuxième degré de Eugene Rae. La Cour d'appel de l'Ontario a ordonné la tenue d'un nouveau procès pour le motif que les directives données au jury ne traitaient pas suffisamment de la possibilité de l'homicide involontaire coupable. Le ministère public se pourvoit maintenant devant notre Cour.

Two issues arise on this appeal. The first concerns the principles which govern a conviction for manslaughter. The second is whether the charge given by the trial judge was in conformity with those principles.

### The Background

Davy was charged, together with Ricky Allan Jackson, with the first degree murder of Eugene Rae which took place in the early morning of August 27, 1986. Mr. Rae was the owner of an antique shop, the Raebenloft, in the town of Bobcaygeon. His living quarters were in the shop. Jackson had worked for Rae in the shop and had been Rae's lover.

In the summer of 1986, Rae hired a 19-year-old man named Michael Pearson. Jackson became concerned that Pearson would replace him in the shop and in Rae's affections. Jackson and Rae argued about Pearson and Rae assured Jackson that Pearson would be leaving.

On the night of the murder, Jackson was visiting Davy and his wife in their home in Orillia when he decided to telephone Rae. Upon doing so, he learned that, despite Rae's promise, Pearson was at the Raebenloft with him. Upset, Jackson asked Davy to drive him to Bobcaygeon.

Here the stories of Jackson and Davy diverge. According to Jackson, Davy never left the car and was unaware of the events that subsequently took place in the Raebenloft. Jackson admitted to entering the shop, losing control and striking Rae with a hammer. He was unable to say how many times he struck Rae. He also recalled chasing Pearson up the stairs, catching and hitting him about three-quarters of the way up and then seeing Pearson lying beside the bed. The next thing he remembered was being out in Davy's car and giving him directions back to Orillia.

Deux questions se posent en l'espèce. La première concerne les principes qui régissent une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable. La seconde est de savoir si les directives données au jury par le juge du procès respectaient ces principes.

### Historique

Davy et Ricky Allan Jackson ont tous les deux été accusés du meurtre au premier degré de Eugene Rae, survenu tôt le matin du 27 août 1986. Monsieur Rae était propriétaire de la boutique d'antiquités Raebenloft, située dans le village de Bobcaygeon. Il logeait dans le même bâtiment. Jackson avait travaillé pour Rae dans la boutique et avait été son amant.

Au cours de l'été de 1986, Rae a engagé un homme de 19 ans qui s'appelait Michael Pearson. Jackson a commencé à craindre de se voir supplanté par Pearson à la fois dans la boutique et dans le cœur de Rae. À la suite d'une querelle au sujet de Pearson, Rae a assuré à Jackson que celui-ci allait partir.

La nuit du meurtre, Jackson rendait visite à Davy et à son épouse chez eux à Orillia quand il a décidé de téléphoner à Rae. Il a alors appris que, malgré la promesse de Rae, Pearson était encore avec lui à Raebenloft. Dépité, Jackson a demandé à Davy de le conduire à Bobcaygeon.

C'est ici que divergent les récits de Jackson et de Davy. D'après Jackson, Davy n'est jamais descendu de la voiture et ignorait ce qui s'est passé par la suite à l'intérieur de Raebenloft. Jackson a avoué être entré dans la boutique, avoir perdu la tête et avoir asséné des coups de marteau à Rae, sans toutefois en préciser le nombre. Il se souvenait aussi d'avoir poursuivi Pearson dans l'escalier, de l'avoir rattrapé et frappé après avoir gravi environ les trois quarts des marches, et d'avoir ensuite vu Pearson allongé à côté du lit. Ce dont il se souvenait ensuite, c'est de s'être retrouvé dans la voiture de Davy et de lui avoir indiqué le chemin pour retourner à Orillia.

Davy's story was quite different. According to him, Jackson talked on the way to Bobcaygeon about killing Rae, although Davy took this to be a joke. Upon their arrival in Bobcaygeon, they parked the car across the street from the Raebenloft. Jackson got out, carrying a hammer, balaclava and gloves, and ordered Davy to follow him. Jackson entered the shop and Davy remained outside, near the door. Davy saw another person in the house with Jackson and heard loud voices and "three smacks". Davy then became frightened and ran down the driveway toward the car. Jackson ran after him, hit him and forced him to return to the shop. He told Davy to retrieve a cash box from the floor before they returned to the car, whereupon Jackson ordered Davy to drive back to Orillia. Jackson disposed of the hammer and some stolen property on the way.

Pearson testified that he had been awakened by screaming from the deceased and then heard a thumping sound. He remained upstairs, hiding behind the bed, until he saw Jackson in the room looking at him. He stood up and asked Jackson what was going on. He testified that he did not see any other person in the room and that he recalls nothing after that until he awoke in the hospital with head wounds.

Forensic evidence revealed the impressions of two different pairs of running shoes at the scene. One pair had a wavy pattern, the other a lug pattern. The wavy prints were found at various places in the downstairs living area and shop and some of them were marked in blood. The lug prints were found at the south end of the bed and halfway between the bed and the doorway leading into the store front. These prints bore no evidence of blood.

The lug shoes were found in Jackson's car on his arrest and Jackson testified that they were his.

La version de Davy était fort différente. D'après lui, pendant qu'ils se dirigeaient vers Bobcaygeon, Jackson a parlé de tuer Rae, mais Davy a cru que c'était une blague. Arrivés à Bobcaygeon, ils ont stationné la voiture en face de la boutique Raebenloft, de l'autre côté de la rue. Jackson est sorti, marteau, cagoule et gants en main, et il a ordonné à Davy de le suivre. Jackson est entré dans la boutique et Davy est resté à l'extérieur, près de la porte. Il a aperçu une autre personne avec Jackson dans la maison, a entendu des échanges de propos bruyants ainsi que [TRADUCTION] «trois claques». Davy a alors pris peur et a descendu l'allée en courant vers la voiture. Jackson s'est lancé à sa poursuite, l'a frappé et l'a obligé à retourner dans la boutique. Il a dit à Davy de ramasser la caisse sur le plancher, puis ils ont regagné la voiture et Jackson a alors ordonné à Davy de repartir pour Orillia. En cours de route, Jackson s'est débarrassé du marteau et de certains objets volés.

Pearson a témoigné qu'il avait été réveillé par les hurlements de la victime et qu'il a ensuite entendu un bruit lourd et sourd. Il est resté à l'étage supérieur, caché derrière le lit jusqu'à ce qu'il aperçoive, dans la pièce, Jackson qui le regardait. Il s'est levé et a demandé à Jackson ce qui se passait. Il a témoigné qu'il n'avait vu personne d'autre dans la pièce et qu'il ne se souvenait de rien de ce qui s'était passé entre ce moment et celui où il s'est réveillé à l'hôpital avec des blessures à la tête.

D'après la preuve médico-légale, il y avait sur les lieux les empreintes de deux paires différentes de chaussures de sport. Les semelles d'une paire étaient ondulées tandis que celles de l'autre paire étaient rainurées. Les empreintes des semelles ondulées, dont certaines laissées dans du sang, ont été constatées à divers endroits au rez-de-chaussée, tant dans le logement que dans la boutique. Les empreintes des semelles rainurées ont été découvertes à l'extrémité sud du lit, à mi-chemin entre le lit et la porte qui communiquait avec la boutique. Ces empreintes ne comportaient aucune trace de sang.

Les chaussures aux semelles rainurées ont été découvertes dans la voiture de Jackson lors de son

However, Davy testified that the lug shoes were his, that they had been worn by him on the night of the killing and that he had given them to Jackson on Jackson's orders later. Jackson, he said, wore shoes with a wavy tread. Expert evidence was called which suggested that the lug shoes had been routinely worn by Davy.

On the basis of this evidence a number of scenarios may be constructed. The strength and plausibility of each depends upon the credibility of each witness and the weight which might be ascribed to each piece of evidence. The jury could have found that Davy had nothing to do with the murder and must be acquitted. Or, the jury could have found that Davy assisted Jackson in the activities that led to the murder or the robbery. On yet another scenario, proffered by the Crown, Jackson and Davy both entered Raebenloft and both participated fully in the attacks as well as the robbery. Davy's fate at trial depended upon the scenario chosen and the conclusions drawn as to duress and his state of mind.

The trial judge charged the jury on both the law of murder and of manslaughter. In doing so, he emphasized that the jury should consider each accused's liability independently. He set out a number of plausible scenarios and stated what the liability of each accused would be under each. In none of the scenarios was it suggested that Davy might be guilty of manslaughter. Rather, the trial judge expressed the opinion that it was unlikely that Davy would be guilty of manslaughter. The jury, as noted, convicted Davy of second degree murder.

The Court of Appeal set aside Davy's conviction and directed a new trial on the ground that the judge's charge did not adequately deal with the possibility that he might be guilty of manslaughter:

arrestation et celui-ci a témoigné qu'elles lui appartenaient. Toutefois, Davy a témoigné que c'étaient les siennes, qu'il les avait portées la nuit du meurtre et qu'il les avait par la suite remises à Jackson sur l'ordre de ce dernier. Jackson, a-t-il dit, portait des chaussures à semelles ondulées. D'après un témoignage d'expert, les chaussures à semelles rainurées avaient été habituellement portées par Davy.

Compte tenu de cette preuve, il est possible de concevoir un certain nombre de scénarios. La solidité et la plausibilité de chacun dépend de la crédibilité de chaque témoin et du poids qui pourrait être accordé à chaque élément de preuve. Le jury aurait pu conclure que Davy n'avait été pour rien dans le meurtre et qu'il devait être acquitté, ou encore, il aurait pu conclure que Davy a aidé Jackson dans les activités qui ont abouti au meurtre ou au vol qualifié. Selon encore un autre scénario, avancé par le ministère public, Jackson et Davy sont tous deux entrés dans la boutique Raebenloft et ont tous deux participé pleinement aux agressions et au vol qualifié. Le sort de Davy au procès dépendait du scénario retenu ainsi que des conclusions tirées au sujet de la contrainte qu'il avait subie et de son état d'esprit.

Le juge du procès a donné au jury des directives sur les règles de droit applicables au meurtre et à l'homicide involontaire coupable. Ce faisant, il a souligné que le jury devrait examiner séparément la responsabilité de chaque accusé. Il a exposé un certain nombre de scénarios plausibles en indiquant pour chacun quelle serait la responsabilité de chaque accusé. Dans aucun cas n'a-t-il indiqué que Davy pourrait être coupable d'homicide involontaire coupable. Au contraire, le juge du procès a exprimé l'avis qu'il était peu probable que Davy soit coupable d'homicide involontaire coupable. Comme je l'ai déjà mentionné, le jury a reconnu Davy coupable de meurtre au deuxième degré.

La Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité de Davy et a ordonné la tenue d'un nouveau procès pour le motif que les directives du juge ne traitaient pas suffisamment de la possibilité



(1991), 51 O.A.C. 92, 68 C.C.C. (3d) 385, 9 C.R. (4th) 57.

### Relevant Statutory Provisions

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

21. (1) Every one is a party to an offence who

(b) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it; or

(c) abets any person in committing it.

(2) Where two or more persons form an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein and any one of them, in carrying out the common purpose, commits an offence, each of them who knew or ought to have known that the commission of the offence would be a probable consequence of carrying out the common purpose is a party to that offence.

### Discussion

#### (1) *Manslaughter and its Application in this Case*

The main objection to the charge is that the trial judge failed to properly instruct the jury with respect to Davy's potential liability for manslaughter through the application of ss. 21(1)(b), 21(1)(c) and 21(2) of the *Criminal Code*.

(i) Aiding and Abetting: Section 21(1)(b) and (c)

I turn first to Davy's potential liability for manslaughter as an aider and abettor under s. 21(1)(b) and (c). A person is a party to an offence if he or she aids or abets the commission of it. In this case, Jackson committed the offence of murder. It was open on the evidence for the jury to find that Davy aided and abetted him in that offence, and is guilty under s. 21(1)(b) and (c) of the *Criminal Code*. If he possessed the necessary *mens rea* for murder he could be guilty of murder. In the event that the jury did not find the intent required for murder, the question arises whether and in what circumstances

qu'il soit coupable d'homicide involontaire coupable: (1991), 51 O.A.C. 92, 68 C.C.C. (3d) 385, 9 C.R. (4th) 57.

#### <sup>a</sup> Les dispositions législatives pertinentes

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46

21. (1) Participe à une infraction:

b) quiconque accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre;

c) quiconque encourage quelqu'un à la commettre.

(2) Quand deux ou plusieurs personnes forment ensemble le projet de poursuivre une fin illégale et de s'y entraider et que l'une d'entre elles commet une infraction en réalisant cette fin commune, chacune d'elles qui savait ou devait savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction, participe à cette infraction.

#### <sup>e</sup> Analyse

#### (1) *L'homicide involontaire coupable et son application en l'espèce*

<sup>f</sup> On reproche surtout au juge du procès de ne pas avoir donné au jury des directives suffisantes sur la possibilité que Davy soit responsable d'un homicide involontaire coupable en vertu des al. 21(1)(b) et 21(1)(c) et du par. 21(2) du *Code criminel*.

(i) Aider et encourager: al. 21(1)(b) et c)

<sup>h</sup> J'examine d'abord la possibilité que Davy soit responsable d'un homicide involontaire coupable pour avoir aidé ou encouragé à commettre une infraction, au sens des al. 21(1)(b) et c). Participe à une infraction quiconque aide ou encourage quelqu'un à la commettre. En l'espèce, Jackson a commis l'infraction de meurtre. Compte tenu de la preuve produite, il était loisible au jury de conclure que Davy l'avait aidé et encouragé à la commettre et qu'il était coupable en vertu des al. 21(1)(b) et c) du *Code criminel*. S'il possédait la *mens rea* requise pour le meurtre, il pouvait être coupable de

Davy could be convicted under s. 21(1) for the lesser offence of manslaughter.

The trial judge did not give the jury a specific direction that it could find Davy guilty of manslaughter as an aider and abettor under s. 21(1) of the *Criminal Code*. The Court of Appeal held that this was an error. It held that the trial judge should have told the jury that s. 21(1)(b) and (c) of the *Code* would lead to a verdict of manslaughter if Davy did not have the mental state required for murder but the unlawful act which was aided or abetted was one he knew was likely to cause some harm short of death. This follows from the decision of this Court in *R. v. Kirkness*, [1990] 3 S.C.R. 74, at p. 88, *per* Cory J., where it was held that a person who aids and abets in an attack which results in a death may be guilty of manslaughter where that person does not have the requisite *mens rea* for murder but possesses the requisite intention for manslaughter, and where his co-accused is guilty of murder. (See also *Wilson J.*, at pp. 96-97.)

I agree with the Court of Appeal that the jury could have convicted Davy of manslaughter under these sections while convicting Jackson of murder.

I differ from the Court of Appeal, however, in the state of mind required to be guilty of manslaughter under s. 21(1)(b) and (c). The Court of Appeal held that the test was a subjective appreciation that the act was likely to cause some harm short of death. Since the date of the Court of Appeal's decision, this Court has held that unlawful act manslaughter — that is, the killing of a person while engaged in an unlawful act — does not require a subjective appreciation of the consequences of the act. The test is objective — what a

cette infraction. Dans le cas où le jury n'aurait pas conclu à l'existence de l'intention requise pour le meurtre, il faut se demander si, et dans quelles circonstances, Davy pouvait être déclaré coupable de l'infraction moindre d'homicide involontaire coupable, en vertu du par. 21(1).

Le juge du procès n'a pas précisé dans ses directives au jury que Davy pouvait être reconnu coupable d'homicide involontaire coupable pour avoir aidé et encouragé à commettre une infraction, au sens du par. 21(1) du *Code criminel*. La Cour d'appel a conclu que c'était là une erreur. Elle a statué que le juge du procès aurait dû dire au jury que l'application des al. 21(1)(b) et (c) du *Code* entraînerait un verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable dans l'hypothèse où Davy n'aurait pas eu l'état d'esprit requis pour le meurtre mais où il aurait su que l'acte illégal commis avec son aide ou son encouragement était de nature à causer des blessures, mais non la mort. Cela découle de l'arrêt *R. c. Kirkness*, [1990] 3 R.C.S. 74, à la p. 88 (motifs du juge Cory), où notre Cour a décidé que la personne qui aide ou encourage quelqu'un à commettre une agression qui se solde par la mort de la victime peut être coupable d'homicide involontaire coupable si elle n'a pas la *mens rea* requise pour le meurtre mais possède l'intention nécessaire pour l'homicide involontaire coupable, et si son coaccusé est coupable de meurtre. (Voir aussi les motifs du juge Wilson, aux pp. 96 et 97.)

Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le jury aurait pu déclarer Davy coupable d'homicide involontaire coupable en vertu de ces dispositions, tout en déclarant Jackson coupable de meurtre.

Je ne partage toutefois pas l'avis de la Cour d'appel en ce qui concerne l'état d'esprit requis pour qu'il y ait culpabilité d'homicide involontaire coupable en vertu des al. 21(1)(b) et (c). La Cour d'appel a statué que le critère applicable était la conscience subjective que l'acte accompli était de nature à causer des blessures, mais non la mort. Depuis que la Cour d'appel a rendu son arrêt dans la présente affaire, notre Cour a décidé que l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, c'est-à-dire l'homicide commis au cours de la

reasonable person would have appreciated in all the circumstances. Nor is it necessary that the risk of death be foreseeable. As long as the unlawful act is inherently dangerous and harm to another which is neither trivial nor transitory is its foreseeable consequence, the resultant death amounts to manslaughter: *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; see also *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944.

I conclude that a person may be convicted of manslaughter who aids and abets another person in the offence of murder, where a reasonable person in all the circumstances would have appreciated that bodily harm was the foreseeable consequence of the dangerous act which was being undertaken. I further conclude that Davy might fall within this rule on the evidence presented at trial.

(ii) Common Unlawful Purpose: Section 21(2)

I turn next to Davy's potential liability for manslaughter under s. 21(2) of the *Criminal Code*, the "common purpose" section.

In my view, the trial judge correctly instructed the jury on the potential liability of Davy for murder under s. 21(2). He told the jury that if Davy formed a common intention with Jackson to rob the deceased and Jackson committed murder in the course of carrying out that robbery and foresaw that the murder was a probable consequence of carrying out the robbery or common purpose, then Davy would be guilty of second degree murder.

The trial judge, however, did not tell the jury that they could find Davy guilty of manslaughter under s. 21(2). The Court of Appeal held that this was an error, and that he should have instructed

perpétration d'un acte illégal, ne requiert pas la conscience subjective des conséquences de l'acte accompli. Le critère qui s'applique est un critère objectif — ce dont une personne raisonnable aurait été consciente compte tenu de toutes les circonstances. Il n'est pas nécessaire non plus que le risque de mort soit prévisible. Pourvu que l'acte illégal soit intrinsèquement dangereux et qu'il ait pour conséquence prévisible de causer à autrui des blessures qui ne sont ni sans importance ni de nature passagère, la mort qui en résulte constitue un homicide involontaire coupable: *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; voir aussi l'arrêt *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944.

Je conclus que la personne qui aide et encourage quelqu'un d'autre à commettre un meurtre peut être déclarée coupable d'homicide involontaire coupable si, compte tenu de toutes les circonstances, une personne raisonnable se serait rendu compte que l'acte dangereux qui était accompli avait pour conséquence prévisible de causer des lésions corporelles. Je conclus en outre que, d'après la preuve produite au procès, cette règle pourrait s'appliquer à Davy.

(ii) La fin commune illégale: par. 21(2)

Je passe maintenant à la question de la possibilité que Davy soit responsable d'un homicide involontaire coupable en vertu du par. 21(2) du *Code criminel*, qui porte sur la «fin commune».

À mon avis, le juge du procès a bien instruit le jury sur la possibilité que Davy soit responsable d'un meurtre, en vertu du par. 21(2). Le juge a dit au jury que si Davy et Jackson avaient formé ensemble le projet de voler la victime et que Jackson avait commis un meurtre en exécutant ce vol qualifié, tout en sachant que le meurtre serait une conséquence probable de l'exécution du vol qualifié ou de la réalisation de l'intention commune, Davy serait alors coupable de meurtre au deuxième degré.

Le juge du procès n'a toutefois pas indiqué au jury qu'il pouvait déclarer Davy coupable d'homicide involontaire coupable en vertu du par. 21(2). La Cour d'appel a conclu que c'était là une erreur

the jury that if they found Jackson guilty of murder, it was open to them under s. 21(2) to find Davy guilty of manslaughter.

This raises the question of whether a party may be found guilty of manslaughter under s. 21(2) where the perpetrator of the offence under that section is found guilty of murder. In other words, is the offence referred to in s. 21(2) confined to the offence of which the perpetrator is convicted — in this case murder — or does it extend to included offences such as manslaughter? If it is found to extend to included offences, then the further question arises of the required *mens rea* for manslaughter under s. 21(2).

Canadian courts have divided on the question of whether s. 21(2) imposes liability for included offences. In British Columbia and New Brunswick, appellate courts have held that a party cannot be convicted of manslaughter under s. 21(2) where the perpetrator is convicted of murder: *R. v. Wong* (1978), 41 C.C.C. (2d) 196 (B.C.C.A.), at pp. 200-202; and *Hébert v. R.* (1986), 51 C.R. (3d) 264 (N.B.C.A.). On the other hand, in Alberta and Manitoba the contrary view has been taken: *R. v. Emkeit* (1971), 3 C.C.C. (2d) 309 (Alta. C.A.), at pp. 336-37; and *R. v. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405 (Man. C.A.), at pp. 431-32.

In this case, the Court of Appeal took the view that where a common unlawful purpose has been demonstrated and one party to the purpose has committed murder, another party to the purpose may be convicted of either murder or manslaughter. Its reasons may be summarized as follows.

First, the Court of Appeal held that while *Kirkness, supra*, does not finally decide the issue, its

et que le juge aurait dû informer le jury que, s'il déclarait Jackson coupable de meurtre, il pourrait, en vertu du par. 21(2), déclarer Davy coupable d'homicide involontaire coupable.

Voilà qui soulève la question de savoir si un participant à une infraction peut être reconnu coupable d'homicide involontaire coupable en vertu du par. 21(2), dans le cas où l'auteur de l'infraction visée par ce paragraphe est déclaré coupable de meurtre. En d'autres termes, l'infraction mentionnée au par. 21(2) se limite-t-elle à l'infraction même dont l'auteur est reconnu coupable — en l'occurrence le meurtre — ou englobe-t-elle les infractions incluses comme l'homicide involontaire coupable? Si on conclut qu'elle englobe les infractions incluses, il faut alors se demander quelle est la *mens rea* requise pour qu'il y ait déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable en vertu du par. 21(2)?

Les tribunaux canadiens se sont partagés sur la question de savoir si le par. 21(2) impose une responsabilité pour des infractions incluses. En Colombie-Britannique et au Nouveau-Brunswick, les cours d'appel ont jugé qu'un participant à une infraction ne peut être déclaré coupable d'homicide involontaire coupable en vertu du par. 21(2), dans le cas où l'auteur de l'infraction est reconnu coupable de meurtre: *R. c. Wong* (1978), 41 C.C.C. (2d) 196 (C.A.C.-B.), aux pp. 200 à 202, et *Hébert c. R.* (1986), 51 C.R. (3d) 264 (C.A.N.-B.). Par contre, c'est le point de vue contraire qui a été retenu en Alberta et au Manitoba: *R. c. Emkeit* (1971), 3 C.C.C. (2d) 309 (C.A. Alb.), aux pp. 336 et 337, et *R. c. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405 (C.A. Man.), aux pp. 431 et 432.

En l'espèce, la Cour d'appel a estimé que, lorsqu'on a démontré l'existence d'une fin commune illégale et qu'un participant à la réalisation de cette fin a commis un meurtre, un autre participant à la réalisation de la même fin peut être déclaré coupable soit de meurtre soit d'homicide involontaire coupable. Ses motifs peuvent se résumer de la façon suivante.

Premièrement, la Cour d'appel a conclu que, même si l'arrêt *Kirkness*, précité, ne tranche pas

reasoning supports the conclusion that liability under s. 21(2) may extend to included offences.

Second, the Court of Appeal held that the wording of the section admits of this conclusion. It is true that the reference in s. 21(2), to "an offence" committed by the principal, followed by the phrases "the offence" and "that offence" describing the second person's liability, suggest at first reading that the second person's liability must be for the same offence as the principal's liability, in this case murder. However, if "the offence" and "that offence" are read as encompassing all included offences, a different conclusion emerges. Doherty J.A. wrote (at p. 420 C.C.C.):

The accessory is liable for "the offence" committed by the perpetrator. If the perpetrator commits murder, he or she necessarily commits the offence of manslaughter, although liability for manslaughter, being a lesser and included offence in murder, is subsumed in the conviction for murder. . . . The accessory's liability under s. 21(2) is properly addressed in relation to each of the incidental offences committed by the perpetrator, not just by reference to the offence to which the perpetrator is ultimately convicted.

Third, the Court of Appeal held that interpreting s. 21(2) in this way "maintains an appropriate equilibrium between moral culpability and the offence for which an accused is ultimately convicted" (p. 420 C.C.C.). Doherty J.A. cited Cooke J. (as he then was) in *R. v. Tomkins*, [1985] 2 N.Z.L.R. 253 (C.A.), at p. 255:

The availability of manslaughter as a verdict in such cases gives effect to the community's sense that a man who joins in a criminal enterprise with the knowledge that knives (or other weapons such as loaded guns) are being carried should bear a share of criminal responsibility for an ensuing death; but that, if he did not think

définitivement la question, le raisonnement qu'on y trouve permet de conclure que la responsabilité fondée sur le par. 21(2) peut s'étendre aux infractions incluses.

Deuxièmement, la Cour d'appel a statué que le texte du paragraphe permet de tirer cette conclusion. Il est vrai que la mention, au par. 21(2), d'«une infraction» commise par l'auteur principal, suivie des expressions «l'infraction» et «cette infraction» utilisées pour décrire la responsabilité de la seconde personne porte à croire, à première vue, que cette seconde personne doit être responsable de la même infraction que l'auteur principal, cette infraction étant en l'occurrence le meurtre. Toutefois, si les expressions «l'infraction» et «cette infraction» sont interprétées comme englobant toutes les infractions incluses, une conclusion différente s'impose. Le juge Doherty de la Cour d'appel écrit (à la p. 420 C.C.C.):

[TRADUCTION] Le complice est responsable de «l'infraction» commise par l'auteur principal. Si ce dernier commet un meurtre, il commet nécessairement l'infraction d'homicide involontaire coupable, même si la responsabilité pour homicide involontaire coupable, qui est une infraction moindre et incluse dans le meurtre, est subsumée sous la déclaration de culpabilité de meurtre [ . . . ] Il convient d'aborder la question de la responsabilité du complice aux termes du par. 21(2) relativement à chacune des infractions accessoires commises par l'auteur principal, et non seulement en fonction de l'infraction dont l'auteur principal est finalement reconnu coupable.

Troisièmement, la Cour d'appel a jugé que pareille interprétation du par. 21(2) [TRADUCTION] «permet de maintenir un équilibre approprié entre la culpabilité morale et l'infraction dont un accusé est finalement reconnu coupable» (p. 420 C.C.C.). Le juge Doherty a cité les propos tenus par le juge Cooke (maintenant président de la Cour d'appel) dans l'arrêt *R. c. Tomkins*, [1985] 2 N.Z.L.R. 253 (C.A.), à la p. 255:

[TRADUCTION] La possibilité de prononcer un verdict d'homicide involontaire coupable dans de tels cas traduit le sentiment collectif que quiconque s'associe à une entreprise criminelle tout en sachant qu'on est muni de couteaux (ou d'autres armes comme des armes à feu chargées) devrait se voir imputer une partie de la res-

that the weapons would be intentionally used to kill, it may be unduly harsh to convict him of murder.

These considerations, taken together, led the Court of Appeal to conclude that a person can be convicted of manslaughter under s. 21(2) of the *Code* where the principal is guilty of murder. While the matter admits of difficulty, I think that the Court of Appeal in the end arrived at the correct result, bearing in mind not only the wording of the *Code* but the manifest justice of permitting a conviction for manslaughter in these circumstances. In arriving at this conclusion, I have not ignored the history of s. 21(2), which at one time referred to "every offence" (R.S.C. 1927, c. 36, s. 69(2)). The change is arguably equally consistent with the theory that "offence" encompasses included offences, as with the Crown's theory that the drafters of the *Criminal Code* were seeking to limit it to the principal's offence.

This leaves the question of the *mens rea* required to sustain a conviction for manslaughter under s. 21(2) of the *Criminal Code*. The Court of Appeal held that to be convicted of manslaughter under s. 21(2) of the *Code*, the Crown must establish that the accused knew or ought to have known that killing short of murder was a probable consequence of the pursuit of the common unlawful purpose. However, as was previously noted, since the date of the Court of Appeal's decision, this Court has held that manslaughter does not require that a risk of death be foreseeable; foreseeability of the risk of harm is sufficient: *Creighton, supra*. This Court's decision in *R. v. Trinneer*, [1970] S.C.R. 638, suggests that there is nothing inherent in s. 21(2) which requires a higher *mens rea* than would otherwise be required for a conviction for manslaughter. There the Court held unanimously that an accused could be convicted of constructive murder as a party to that offence under the combi-

ponsabilité criminelle relative à un décès qui s'ensuit, mais qu'il peut être excessivement sévère de déclarer une telle personne coupable de meurtre si elle ne croyait pas qu'on se servirait intentionnellement de ces armes pour tuer quelqu'un.

Toutes ces considérations ont amené la Cour d'appel à conclure qu'une personne peut être déclarée coupable d'homicide involontaire coupable en vertu du par. 21(2) du *Code*, lorsque l'auteur principal de l'infraction est coupable de meurtre. Même si des difficultés peuvent surgir à ce sujet, j'estime qu'en dernière analyse la Cour d'appel est arrivée au bon résultat, si l'on tient compte non seulement du texte du *Code*, mais aussi du fait qu'il est manifestement juste de permettre une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable dans ces circonstances. En tirant cette conclusion, je n'ai pas fait abstraction de l'histoire du par. 21(2) qui, à une certaine époque, parlait de «toute infraction» (S.R.C. 1927, ch. 36, par. 69(2)). On peut soutenir que la modification apportée est tout aussi compatible avec la théorie selon laquelle le terme «infraction» englobe les infractions incluses qu'avec celle du ministère public voulant que les rédacteurs du *Code criminel* aient cherché à limiter ce terme à l'infraction commise par l'auteur principal.

Reste la question de la *mens rea* requise pour justifier une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable fondée sur le par. 21(2) du *Code criminel*. La Cour d'appel a jugé que, pour obtenir une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable en vertu de ce paragraphe, le ministère public doit prouver que l'accusé savait ou devait savoir qu'un homicide, mais non un meurtre, était une conséquence probable de la poursuite de la fin commune illégale. Cependant, comme je l'ai déjà souligné, depuis l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce, notre Cour a statué qu'il n'est pas nécessaire dans le cas de l'homicide involontaire coupable que le risque de mort soit prévisible; la prévisibilité du risque de blessures suffit: *Creighton*, précité. L'arrêt de notre Cour *R. c. Trinneer*, [1970] R.C.S. 638, porte à croire qu'il n'y a rien dans le par. 21(2) qui exige un degré de *mens rea* plus élevé que celui qui serait par ailleurs nécessaire à une déclaration de culpabilité d'hom-