

Rolf Arthur Droste *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

File No.: 16808.

1983: November 2; 1984: April 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal law — Transferred intent — Murder — Accused failed to kill intended victim but mistakenly killed two others — Jury charged that accused liable to conviction for first degree murder — Whether or not jury properly charged — Whether or not “planned and deliberate” in s. 214 relates to intended or actual victims — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 205, 212(b), 214(2).

Appellant had planned to kill his wife but in carrying out his plan killed his two young children instead. The trial judge charged the jury that appellant could be convicted of the first degree murder of his children if the jury were satisfied beyond a reasonable doubt that appellant had planned to kill his wife. The issue here is whether the Ontario Court of Appeal erred in law in holding that the trial judge had correctly charged the jury.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.: Planning and deliberation with the relation to the killing of a specific person makes the offence first degree murder when in the course of carrying out the plan the accused in fact kills someone else.

The question of liability for first degree murder is one of statutory interpretation and does not depend on the doctrine of “transferred intent”. Section 214(2) does not create a separate substantive offence of first degree murder; it classifies for sentencing purposes the substantive offence of murder as defined by ss. 212 and 213. Under s. 212(b) it is murder when a person, meaning to cause the death of a human being, by accident or mistake causes the death of another human being. Section 214(2) classifies as first degree, a murder committed in any of the relevant ways specified in the *Code*, if that murder was planned and deliberate. The element of

Rolf Arthur Droste *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

N° du greffe: 16808.

1983: 2 novembre; 1984: 2 avril.

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

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

Droit criminel — Transfert d'intention — Meurtre — L'accusé n'a pas tué la victime envisagée, mais a, par erreur, causé la mort de deux autres personnes — Directive donnée au jury selon laquelle l'accusé est passible d'une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré — La directive donnée au jury était-elle appropriée? — L'expression «commis avec préméditation» de l'art. 214 vise-t-elle les victimes envisagées ou les victimes réelles? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 205, 212b), 214(2).

L'appelant avait projeté de tuer son épouse, mais en exécutant son projet il a plutôt tué ses deux jeunes enfants. Le juge du procès a dit dans ses directives au jury que, s'il était convaincu hors de tout doute raisonnable que l'appelant avait prémédité le meurtre de son épouse, l'appelant pouvait être déclaré coupable du meurtre au premier degré de ses enfants. La question est de savoir si la Cour d'appel de l'Ontario a commis une erreur de droit en concluant que le juge du procès a donné des directives appropriées au jury.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer: La préméditation liée au fait de tuer une personne en particulier fait de cette infraction un meurtre au premier degré lorsqu'en exécutant son projet l'accusé tue une autre personne.

La question de la responsabilité pour meurtre au premier degré est une question d'interprétation de la loi et ne dépend aucunement de la doctrine du «transfert d'intention». Le paragraphe 214(2) ne crée pas une infraction distincte de meurtre au premier degré; il classifie, pour les fins du prononcé de la sentence, l'infraction de meurtre définie aux art. 212 et 213. Suivant l'al. 212b), il y a meurtre lorsqu'une personne, ayant l'intention de causer la mort d'un être humain, cause par accident ou par erreur la mort d'un autre être humain. Le paragraphe 214(2) classifie comme meurtre au premier degré le meurtre commis de l'une ou l'autre

planning and deliberation required by s. 214(2) relates to the specific *mens rea* of the applicable section—in the present case, under s. 212(b), to the intention to cause death to the wife. When s. 214(2) is combined with s. 212(b) the identity and character of any victim is entirely irrelevant. This conclusion also accords with the policy *rationale* underlying s. 214(2) which imposes a harsher penalty because of the added moral culpability to a murder that is planned and deliberate. This added culpability relates to planning and deliberation with regard to the taking of a human life and not with regard to the identity of the victim.

Per Wilson J.: Murder is in the first degree when “it” is planned and deliberate. Under s. 212(b) an intent to murder one person is sufficient *mens rea* if, by accident or mistake, the accused kills another. Planning and deliberating the murder of the intended victim and killing by accident or mistake another person is therefore sufficient to make the killing of the unintended victim planned and deliberate.

R. v. Farrant, [1983] 1 S.C.R. 124; *R. v. Woods and Gruener* (1980), 57 C.C.C. (2d) 220, applied; *R. v. Gross* (1913), 23 Cox C.C. 455, referred to; *Ancio v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 225, distinguished.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1981), 34 O.R. (2d) 588, 63 C.C.C. (2d) 418, dismissing an appeal from convictions of two counts of first degree murder pronounced by Callaghan J. Appeal dismissed.

Gerald Kluwak, for the appellant.

David Watt, Q.C., for the respondent.

The judgment of Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ. was delivered by

DICKSON J.—Murder is first degree murder when it is planned and deliberate. The appellant Rolf Arthur Droste planned, and deliberated upon, the killing of his wife. In the course of carrying out that plan he caused the death of his two young children, Rolf Maurice Droste and Monique Jean Droste. His wife survived. The case is here by leave of this Court upon the following question:

des façons pertinentes prévues par le *Code*, si ce meurtre a été prémédité. L'élément de préméditation requis par le par. 214(2) est lié à la *mens rea* spécifique de la disposition applicable—en l'espèce, selon l'al. 212b), à l'intention de causer la mort de l'épouse. Lorsque le par. 214(2) est combiné avec l'al. 212b), l'identité et la réputation d'une victime n'ont aucune importance. Cette conclusion est également compatible avec la considération de principe qui sous-tend le par. 214(2) qui impose une peine plus sévère en raison de l'élément de culpabilité morale supplémentaire que comporte le meurtre commis avec préméditation. Cet élément de culpabilité supplémentaire découle de la préméditation liée à la suppression d'une vie humaine et non à l'identité de la victime.

Le juge Wilson: Le meurtre au premier degré est le meurtre commis avec préméditation. Selon l'al. 212b), l'intention de tuer une personne constitue une *mens rea* suffisante si, par accident ou par erreur, l'accusé tue une autre personne. Le fait de préméditer le meurtre de la victime envisagée et de tuer une autre personne par accident ou par erreur suffit à rendre prémédité l'homicide de la victime non envisagée.

Jurisprudence: arrêts suivis: *R. c. Farrant*, [1983] 1 R.C.S. 124; *R. v. Woods and Gruener* (1980), 57 C.C.C. (2d) 220; arrêt mentionné: *R. v. Gross* (1913), 23 Cox C.C. 455; distinction faite avec l'arrêt: *Ancio c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 225.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1981), 34 O.R. (2d) 588, 63 C.C.C. (2d) 418, qui a rejeté l'appel interjeté contre les déclarations de culpabilité relatives à deux chefs d'accusation de meurtre au premier degré prononcées par le juge Callaghan. Pourvoi rejeté.

Gerald Kluwak, pour l'appelant.

David Watt, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer rendu par

LE JUGE DICKSON—Le meurtre au premier degré est le meurtre commis avec préméditation. L'appelant Rolf Arthur Droste a prémédité le meurtre de son épouse. En mettant son projet à exécution, il a causé la mort de ses deux jeunes enfants, Rolf Maurice Droste et Monique Jean Droste. Son épouse a survécu. Ce pourvoi formé avec l'autorisation de cette Cour porte sur la question suivante:

Did the Court of Appeal for the Province of Ontario err in law in holding that the learned trial Judge had correctly charged the jury that, if they were satisfied beyond a reasonable doubt that the Appellant herein had planned and deliberated to kill his wife, then he could be convicted of the first degree murder of his children, Rolf Maurice Droste and Monique Jean Droste.

I The Facts

Mr. Droste, his wife and two children were invited to a birthday party at the house of friends. The morning of the day upon which the party was to be held Mr. Droste went to a gas station. He filled the gas tank of the car. At the same time he filled five gallon container with gasoline. Later, he cleaned the back seat of the car using gas from the five gallon container. He testified that the seat was oily, some snowmobile parts having been placed on it at an earlier date. He reactivated the seat belts in the rear seat of the vehicle. Shortly after noon Mr. Droste, his wife and the children left for the party; the children were strapped in the back seat by the seat belts. Mrs. Droste noticed the smell of gasoline when she entered the vehicle. *En route*, as the vehicle was approaching a bridge, flames began to shoot up between the two front seats. Mr. Droste attempted to extinguish them with his right hand. Mrs. Droste testified that her husband then took a screwdriver from under his seat and began hitting her on the left side of the head, at the same time yelling at her to let go the steering wheel. The vehicle crashed into the bridge abutment. Mr. Droste fell forward on the steering wheel and was temporarily incapacitated. Mrs. Droste got out through the door on the driver's side as the passenger door would not open; she helped her husband out of the vehicle. Mr. and Mrs. Droste tried to get the children out of the back seat of the car but were unable to do so. The children died from asphyxia due to smoke inhalation.

Crown evidence was to the effect that four gallons of gasoline had been used out of the five gallon container found in the trunk of the car. In the opinion of the Crown's experts the fire did not

[TRANSLATION] La Cour d'appel de la province d'Ontario a-t-elle commis une erreur de droit en décidant que le juge du procès a eu raison de dire dans ses directives au jury que, si celui-ci était convaincu hors de tout doute raisonnable que l'appelant avait prémédité le meurtre de son épouse, il pouvait alors être déclaré coupable du meurtre au premier degré de ses enfants Rolf Maurice Droste et Monique Jean Droste?

I Les faits

M. Droste, son épouse et ses deux enfants ont été invités chez des amis à l'occasion d'un anniversaire. Le matin du jour où la fête devait avoir lieu, M. Droste s'est rendu à une station-service pour y faire le plein d'essence. Il a en même temps rempli d'essence un contenant d'une capacité de cinq gallons. Il a ensuite nettoyé le siège arrière de sa voiture en utilisant l'essence dudit contenant. Il a témoigné que le siège était huileux, car certaines pièces de motoneige y avaient été déposées. Il a remis en état les ceintures de sécurité du siège arrière de l'automobile. Peu après midi, M. Droste, son épouse et leurs enfants se sont rendus à la fête; ces derniers étaient retenus au siège arrière par les ceintures de sécurité. M^{me} Droste a perçu l'odeur d'essence lorsqu'elle est entrée dans l'automobile. Au cours du trajet, à l'approche d'un pont, des flammes ont commencé à jaillir entre les deux sièges avant. M. Droste a tenté de les éteindre de sa main droite. M^{me} Droste a témoigné que son époux a alors saisi un tournevis qui se trouvait sous son siège et qu'il a commencé à la frapper au côté gauche de la tête, lui criant en même temps de lâcher le volant. Le véhicule a percuté la culée du pont. M. Droste a été projeté à l'avant sur le volant et il a été momentanément immobilisé. M^{me} Droste est sortie par la porte du conducteur, étant donné que la porte du passager ne pouvait s'ouvrir; elle a aidé son époux à sortir de l'automobile. Ils ont tenté de faire sortir les enfants qui étaient assis sur le siège arrière de la voiture mais sans succès. Ces derniers sont morts d'asphyxie due à l'inhalation de fumée.

Selon la preuve du ministère public, on a utilisé quatre gallons d'essence à même le contenant de cinq gallons qui se trouvait dans le coffre arrière de la voiture. De l'avis de ses témoins experts,

start in the engine; it was caused by an accelerant used in the interior of the vehicle.

The Crown adduced other damning evidence. A co-worker of Mr. Droste testified that Droste had been telling him of various plans to kill Mrs. Droste. The final plan involved crashing a motor vehicle into a tree, starting a fire inside the vehicle and leaving Mrs. Droste to die. Other co-workers gave evidence that Droste told them he was going to kill his wife. There was evidence that Mr. Droste was sexually involved with a married woman at the time of the occurrence and that he desired to collect the proceeds of an insurance policy recently placed on the life of Mrs. Droste.

Mr. Droste was indicted on two charges, namely, first degree murder of each child. The trial judge instructed the jury that if they were satisfied beyond a reasonable doubt that Mr. Droste had planned and deliberated to kill his wife, then he could be convicted of the first degree murder of his children.

In the absence of the jury he explained to counsel the basis of his charge:

I am relying primarily on the wording of 214(2). There is no reference therein which would restrict the applicability to the intended victim, and I realize it is arguable, but it seems to me if a murder is established under 212(b) the planning and deliberation may relate to the murder of an intended victim whereas the *actus rea* [sic] relates to the unintended victim, otherwise you would never have first degree murder in circumstances where all the components are proven with reference to A and the unintended victim B, is killed.

I am also of the view that this approach is consistent with the doctrine of transferred malice as outlined in Glanville Williams; *The Criminal Law*, the General part 2nd Edition, pages 125 to 137. It is a difficult problem and I appreciate the submission, but in putting the charge together I concluded that the element of planning and deliberation could be in relation to an intended victim when the charge was laid under 212(b).

l'incendie n'a pas pris naissance dans le compartiment moteur; il a été causé au moyen d'une substance inflammable placée à l'intérieur du véhicule.

Le ministère public a produit d'autres éléments de preuve accablants. Un collègue de travail de M. Droste a témoigné que ce dernier lui avait fait part de différents plans visant à tuer M^{me} Droste. Son dernier plan consistait à provoquer l'écrasement de son véhicule contre un arbre, à y allumer un incendie et à y laisser mourir M^{me} Droste. D'autres collègues de travail ont témoigné que Droste leur avait dit qu'il allait tuer son épouse. Il a été prouvé qu'à l'époque de cet accident, M. Droste entretenait une liaison intime avec une femme mariée et qu'il souhaitait toucher le produit d'une police d'assurance qu'il venait de contracter sur la vie de M^{me} Droste.

M. Droste a fait l'objet de deux chefs d'accusation, savoir le meurtre au premier degré de chacun de ses enfants. Le juge du procès a dit dans ses directives au jury que si celui-ci était convaincu hors de tout doute raisonnable que M. Droste avait prémédité le meurtre de son épouse, il pouvait alors être déclaré coupable du meurtre au premier degré de ses enfants.

En l'absence du jury, il a expliqué aux avocats le fondement de ses directives:

[TRADUCTION] Je me fonde essentiellement sur le texte du par. 214(2) qui ne contient aucune disposition limitant son applicabilité à la victime envisagée; je sais que ce point est discutable mais il me semble que si la preuve de meurtre est établie conformément à l'al. 212b), la préméditation peut s'appliquer au meurtre d'une victime envisagée, alors que l'*actus reus* porte sur la victime non envisagée, sinon il n'y aurait jamais de meurtre au premier degré dans les cas où tous les éléments sont prouvés en ce qui concerne A et où la victime B non envisagée est tuée.

J'estime en outre que ce point de vue est compatible avec la doctrine du transfert de malice énoncée par Glanville Williams dans son ouvrage *The Criminal Law*, *The General Part* (2^e édition), aux pp. 125 à 137. C'est un problème difficile et je comprends l'argument, mais en examinant l'accusation dans son ensemble, j'ai conclu que l'élément de préméditation pouvait s'appliquer à une victime envisagée lorsque cette accusation était portée en vertu de l'al. 212b).

The jury returned a verdict of guilty on each charge. Mr. Droste appealed and the Court of Appeal for Ontario held that the trial judge had correctly charged the jury. The sole question in this appeal is whether the Court of Appeal was correct in so holding.

II The Judgment of the Court of Appeal for Ontario

Martin J.A. delivered judgment for a unanimous Court. After reciting the facts, he referred to the submission of counsel for Mr. Droste, renewed in this Court, that a conviction for first degree murder cannot be supported on the basis that the accused planned and deliberated the killing of his wife and by accident or mistake caused the death of his children; that ss. 212(b) and 214(2) of the *Criminal Code* cannot be combined to found a conviction for first degree murder and that the trial judge had erred in failing so to instruct the jury. Counsel contended that the death of the victim must be planned and deliberate.

Section 212(b) reads:

212. Culpable homicide is murder

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

Section 214(2) reads:

214. . . .

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

The conclusion of the Court of Appeal on the point under discussion will be found in the following passage:

We think that the trial judge correctly instructed the jury that if they were satisfied beyond a reasonable doubt that the appellant's intention to kill his wife was planned and deliberate and that in the course of the

Le jury a rendu un verdict de culpabilité à l'égard de chacun des chefs d'accusation. M. Droste a formé appel et la Cour d'appel de l'Ontario a décidé que le juge du procès avait donné des directives appropriées au jury. L'unique question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si la Cour d'appel de l'Ontario a eu raison de décider ainsi.

II L'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario

Le juge Martin a prononcé l'arrêt unanime de la Cour d'appel. Après avoir exposé les faits, il a mentionné l'argument de l'avocat de M. Droste, repris devant cette Cour, portant que l'accusé ne peut être déclaré coupable de meurtre au premier degré pour le motif qu'il a prémédité le meurtre de son épouse et que, par accident ou par erreur, il a causé la mort de ses enfants; qu'on ne peut combiner l'al. 212(b) et le par. 214(2) du *Code criminel* pour déclarer l'accusé coupable de meurtre au premier degré et que le juge du procès a commis une erreur en ne donnant pas de directives au jury sur ce point. L'avocat a soutenu que la mort de la victime doit être préméditée.

L'alinéa 212(b) est ainsi rédigé:

212. L'homicide coupable est un meurtre

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

Le paragraphe 214(2) prévoit ce qui suit:

214. . . .

(2) Le meurtre au premier degré est le meurtre commis avec préméditation.

Voici l'extrait dans lequel est énoncée la conclusion de la Cour d'appel sur ce point:

[TRADUCTION] Nous croyons que le juge du procès a eu raison de dire dans ses directives au jury que si celui-ci était convaincu hors de tout doute raisonnable que l'intention de l'appelant de tuer son épouse était

carrying out that intention he caused the death of the children by accident or mistake, that the resulting murder constituted first degree murder.

Section 214(2) provides that "murder" is first degree murder when "it" is planned and deliberate. Where murder as defined by s. 212(b) is committed and that murder is planned and deliberate the murder is first degree murder even though the planned and deliberate intention to kill took effect on a person other than the intended victim.

The Court considered the law to be correctly stated by Professor Mewett in the following passage from an article entitled *First Degree Murder* (1978-79), 21 Crim. L.Q. 82, at p. 83:

Section 212(b) does not seem to cause problems, at least where it applies by virtue of meaning to cause someone else's death. Since it is the murder that has to be planned and deliberate and since the effect of s. 212(b) is merely to enact that an intent to murder A is sufficient *mens rea* if by accident or mistake, the accused kills B, then it would seem that planning and deliberating the murder of A and by accident or mistake killing B would make the "murder" of B (for so it is defined in s. 212(b)) planned and deliberate.

The Court continued:

We are also of the view that the transference of a planned and deliberate intention to kill one person to the actual victim is in accord with the general principles of the criminal law. Clearly, the moral culpability of one who intends to kill one person, preceded by planning and deliberation, but who by accident or mistake kills another person, is the same as if he had succeeded in killing his intended victim. As Rothman, J., said in *Charest v. Beaudoin J.S.P.* (1980), 18 C.R. (3d) 58 at 62-3:

An accused may deliberate for months, weighing the advantages and consequences of killing his intended victim, "A". He may do a great deal of planning: recruiting an accomplice, selecting a weapon, keeping "A" under surveillance and finally choosing his moment to do the killing. If by some mischance—poor marksmanship or the sudden emergence of another person—he kills "B" instead of "A", surely his planning and deliberation is no less than it would have been if he had killed "A". All of the same ingredients of planning and deliberation remain unchanged. The only change is in the identity of the person whose

assortie de préméditation et qu'en donnant suite à cette intention il a causé la mort de ses enfants par accident ou par erreur, le meurtre qui s'en est suivi constitue un meurtre au premier degré.

Le paragraphe 214(2) prévoit que le «meurtre» au premier degré est le meurtre commis avec préméditation. Lorsque le meurtre défini à l'al. 212b) est commis avec préméditation, il constitue un meurtre au premier degré même si l'intention de tuer, assortie de préméditation, s'est réalisée sur une personne autre que la victime envisagée.

La cour a estimé que le professeur Mewett a correctement énoncé la règle de droit applicable dans l'extrait suivant de son article intitulé *First Degree Murder* (1978-79), 21 Crim. L.Q. 82, à la p. 83:

[TRADUCTION] L'alinéa 212b) ne semble soulever aucun problème, du moins lorsqu'il s'applique en raison de l'intention de causer la mort d'une autre personne. Puisque c'est le meurtre qui doit être prémédité et que l'al. 212b) a pour seul effet de prévoir que l'intention de tuer A constitue une *mens rea* suffisante si, par accident ou par erreur, l'accusé tue B, il semblerait alors que le fait de préméditer le meurtre de A et de tuer B par accident ou par erreur rende le «meurtre» de B (puisqu'il est ainsi défini à l'al. 212b)) prémédité.

La cour a poursuivi:

[TRADUCTION] Nous estimons également que le transfert de l'intention, avec préméditation, de tuer une personne pour l'appliquer à la victime réelle est conforme aux principes généraux du droit criminel. De toute évidence, la culpabilité morale de quelqu'un qui prémédite le meurtre d'une personne, mais qui, par accident ou par erreur, tue une autre personne est la même que s'il avait réussi à tuer la victime envisagée. Comme l'a dit le juge Rothman dans la décision *Charest v. Beaudoin J.S.P.* (1980), 18 C.R. (3d) 58, aux pp. 62 et 63:

Un accusé peut passer des mois à soupeser les avantages et les conséquences du meurtre de la victime envisagée, savoir «A». Il peut élaborer un plan précis: recruter un complice, choisir une arme, surveiller «A» et, enfin, choisir le moment de le tuer. Si par malchance—par manque d'adresse au tir ou en raison de l'arrivée soudaine d'une autre personne—il tue «B» au lieu de «A», sa préméditation n'est certainement pas moindre que s'il avait tué «A». Tous les éléments de la préméditation demeurent les mêmes. Le seul changement est l'identité de la personne tuée et cela,

death is caused, and this, it seems to me, is entirely irrelevant to the question of whether the murder was planned and deliberate.

Any other conclusion would, in my opinion, be logically ludicrous and absurd in its consequences. Parliament could hardly have intended to punish premeditated murder less severely where an accused kills a perfect stranger than it would otherwise punish an accused for the same premeditation if he had managed to kill his intended victim.

In short I conclude that a murder that is planned and deliberate does not cease to be planned and deliberate because a mistake is made in the victim. In my opinion, s. 214(2) is applicable to murders committed under s. 212(b).

Finally, the Court cited *R. v. Gross* (1913), 23 Cox C.C. 455. In that case Darling J. referred to the legal principle "laid down over and over again" that if a person feloniously fires at another in such circumstances as could make the killing of that person murder, but by accident hits and kills a third person whom he never intended to hit at all, that is murder. Darling J. went on to say that if the firing at the person intended to be hit would be manslaughter (as, for example, provocation operating on the mind of the accused), then, if the bullet strikes a third person who is not intended to be hit, the killing of that person equally would be manslaughter and not murder. Martin J.A. in the present case concluded, by a parity of reasoning, that an intention which is aggravated by the fact that it is planned and deliberate is transferred from the contemplated victim to the actual victim.

III The Argument of Counsel for the Appellant

Counsel submits that, as it is the murder which must be planned and deliberate, the elements of "planning and deliberation" stated in s. 214(2) must be with respect to all the components charged in the indictment, and found to have been committed. He further submits that a murder cannot be planned and deliberate where the person who committed the offence did not intend to cause the death of, or to cause grievous bodily harm to, the victim.

Counsel argues that the *Criminal Code* creates a step-by-step procedure to be followed in deter-

me semble-t-il, n'a absolument rien à voir avec la question de savoir si le meurtre a été prémédité.

Toute autre conclusion produirait, à mon avis, des conséquences illogiques et absurdes. Le législateur ne pourrait guère avoir voulu punir le meurtre prémédité moins sévèrement lorsqu'un accusé tue un parfait inconnu que lorsque cet accusé tue avec la même préméditation la victime envisagée.

Bref, je conclus qu'un meurtre qui est prémédité ne cesse pas de l'être en raison d'une erreur sur la victime. À mon avis, le par. 214(2) s'applique au meurtre défini à l'al. 212b).

Enfin, la cour a cité l'arrêt *R. v. Gross* (1913), 23 Cox C.C. 455. Dans cette affaire, le juge Darling a mentionné le principe de droit «énoncé à maintes reprises» selon lequel si une personne fait feu sur une autre personne dans des circonstances où il pourrait s'agir d'un meurtre, et si par accident elle atteint et tue un tiers qu'elle n'a jamais eu l'intention d'atteindre, cela constitue un meurtre. Le juge Darling a ajouté que, si en tirant un coup de feu en direction de la victime envisagée, on commettait un homicide involontaire coupable (lorsque par exemple l'accusé a été provoqué), alors, si la balle atteignait une autre personne, la mort de cette dernière constituerait également un homicide involontaire coupable et non un meurtre. En l'espèce, le juge Martin a conclu, par un raisonnement analogue, qu'une intention à laquelle s'ajoute la préméditation est transférée de la victime envisagée à la victime réelle.

III L'argument de l'avocat de l'appelant

L'avocat soutient que puisque c'est le meurtre qui doit être prémédité, la «préméditation» énoncée au par. 214(2) doit s'appliquer à tous les éléments de l'acte d'accusation, et on doit avoir conclu à son existence. Il prétend en outre qu'un meurtre ne peut être prémédité lorsque la personne qui l'a commis n'avait pas l'intention de causer la mort de la victime ou de lui causer des lésions corporelles graves.

L'avocat prétend que le *Code criminel* crée une procédure par étapes qui doit être suivie lorsqu'il

mining whether a homicide offence has been committed: the determination of whether a murder is "planned and deliberate" only occurs after it has been determined that what has been committed is a murder and it is only the murder that has actually been committed which can be planned and deliberate according to s. 214(2).

In a subsidiary submission counsel says that the interpretation placed upon s. 214(2) by the Ontario Court of Appeal results in transferring the planning and deliberation directed towards the wife of the appellant (the intended victim) to the children of the appellant (the actual victims) and this interpretation is not in accord with the doctrine of transferred intent as stated by the common law, nor by the rules of statutory interpretation in determining the application of this doctrine to s. 214(2).

The nub of the argument is this. Mr. Droste was not charged with murder in the abstract; he was charged and convicted of murdering his children. The killing of the children was neither planned nor deliberate. Section 214(2) requires, as a matter of law, that the planning and deliberation relate to or fasten on the victim whose death is actually caused. A killing that is by definition accidental (s. 212(b)) cannot be, at the same time, deliberate.

In my view this submission involves misplaced analogies to the doctrine of transferred intent and a misreading of the statutory scheme of the *Criminal Code* with regard to homicide, and is, as well, incompatible with the policy considerations obviously underlying s. 214(2).

IV Transferred Intent

Much of the appellant's argument recalls the controversy surrounding the English common law concept of "transferred malice" or, more precisely, "transferred intent". Professor Glanville Williams *Criminal Law, The General Part* (2nd ed.), at p. 126, describes the operation of this concept as follows:

Transferred intention (transferred malice) occurs when an injury intended for one falls on another by

s'agit de déterminer si un homicide a été commis: on ne peut décider si un meurtre a été «commis avec préméditation» qu'après avoir déterminé que ce qui a été commis est un meurtre et seul le meurtre qui a effectivement été commis peut être prémédité selon le par. 214(2).

Subsidiairement, l'avocat fait valoir que l'interprétation que la Cour d'appel de l'Ontario donne au par. 214(2) a pour effet de transférer la préméditation visant l'épouse de l'appellant (la victime envisagée) pour l'appliquer aux enfants de l'appellant (les victimes réelles) et que cette interprétation n'est conforme ni à la doctrine du transfert d'intention énoncée par la *common law*, ni aux règles d'interprétation de la loi, lorsqu'il s'agit de déterminer l'application de cette doctrine au par. 214(2).

Voici l'essentiel de cet argument. M. Droste n'a pas été accusé de meurtre dans l'abstrait. Il a été accusé et déclaré coupable d'avoir tué ses enfants. Le meurtre des enfants n'a pas été prémédité. Le paragraphe 214(2) exige, sur le plan du droit, qu'il y ait préméditation contre la victime dont la mort a été causée. L'homicide qui par définition est accidentel (al. 212b)) ne peut en même temps être volontaire.

À mon avis, cet argument comporte une analogie inopportune avec la doctrine du transfert d'intention et une mauvaise interprétation de l'économie du *Code criminel* concernant l'homicide, en plus d'être incompatible avec les considérations de principe qui sous-tendent, de toute évidence, le par. 214(2).

IV Le transfert d'intention

Une bonne partie de l'argumentation de l'appellant rappelle la controverse entourant le concept de la *common law* anglaise qu'est le «transfert de malice» ou plus précisément le «transfert d'intention». Voici comment le professeur Glanville Williams décrit l'application de ce concept dans son ouvrage intitulé *Criminal Law, The General Part* (2^e éd.), à la p. 126:

[TRADUCTION] Il y a transfert d'intention (transfert de malice) lorsqu'une personne subit, par accident, un

accident. In other words, if the defendant intends a particular consequence, he is guilty of a crime of intention even though his act takes effect upon an object (whether person or property) that was not intended. His "malice" (*i.e.* his intention) is by a legal fiction transferred from the one object to the other. The defendant is then treated for legal purposes as though he had intended to hit the object that he did hit, though in fact he did not have the intent, nor even was reckless as to it.

The authors of Smith and Hogan, *Criminal Law* (4th ed.), formulate the doctrine in these terms at p. 59:

If D, with the *mens rea* of a particular crime, does an act which causes the *actus reus* of the same crime, he is guilty, even though the result, in some respects, is an unintended one.

The essence of the dispute as to the rationality of the doctrine of "transferred intent" is latent in these contrasting formulations.

The literature on transferred intent distinguishes between two kinds of situations in which the "wrong victim" suffers harm at the hands of the accused. The first, sometimes called *error in objecto* involves a mistake by the perpetrator as to the identity of the victim. A gunman aims at and shoots a pedestrian on the street; the assailant thought the pedestrian was X, but in fact he is Y. There is little controversy that this sort of mistake as to the identity of the victim in no way affects the fact that the perpetrator has committed an intentional crime. It is the second "wrong victim" situation, sometimes called *aberratio ictus*, or more poetically, "a mistake of the bullet" that has led to the controversy surrounding the doctrine of transferred intent. In this second situation the perpetrator aims at X but by chance or lack of skill hits Y. The appropriateness of assessing criminal liability as though the bullet had found its intended mark depends heavily upon one's evaluation of the importance of the identity of the victim as an element of the offence in question. The authors of Smith and Hogan *Criminal Law, supra*, at pp. 60-61 present Professor Williams' critique of the doctrine as applied to murder, and their response, as follows:

préjudice devant être causé à une autre personne. En d'autres termes, si le défendeur veut produire un certain résultat, il est coupable d'un crime d'intention même si son acte se réalise sur un objet (que ce soit une personne ou un bien) qui n'était pas envisagé. Au moyen d'une fiction juridique, sa «malice» (c'est-à-dire son intention) est transférée d'un objet à un autre. Le défendeur est, aux fins de la loi, considéré comme s'il avait eu l'intention d'atteindre l'objet qu'il a effectivement atteint, bien qu'en fait il n'ait pas eu cette intention et qu'il n'ait même pas fait preuve d'insouciance à son égard.

Voici comment les auteurs de l'ouvrage Smith and Hogan, *Criminal Law* (4^e éd.), formulent cette doctrine, à la p. 59:

[TRADUCTION] Si D, avec l'intention (*mens rea*) de commettre un crime déterminé, accomplit l'acte qui constitue ce crime (*actus reus*), il est coupable même si le résultat n'est pas, à certains égards, celui envisagé.

Ces formulations divergentes recèlent l'essence de la controverse sur la rationalité de la doctrine du «transfert d'intention».

Les ouvrages qui traitent du transfert d'intention établissent une distinction entre deux genres de situations où l'accusé cause un préjudice à la «mauvaise victime». Le premier cas qu'on appelle parfois *error in objecto* (erreur sur l'objet) se produit lorsque l'auteur d'un crime commet une erreur sur l'identité de la victime. Un bandit armé fait feu sur un piéton, croyant qu'il s'agit de X alors qu'en fait c'est Y. Il est généralement admis que ce genre d'erreur sur l'identité de la victime ne change rien au fait que l'auteur du crime a agi intentionnellement. C'est le second cas où il y a «mauvaise victime», qu'on appelle parfois *aberratio ictus*, ou de façon plus poétique «une erreur du projectile», qui est à l'origine de la controverse qui entoure la doctrine du transfert d'intention. Dans ce dernier cas, l'auteur du crime vise X mais, par chance ou maladresse, il atteint Y. L'opportunité d'apprécier la responsabilité criminelle comme si le projectile avait atteint la cible envisagée dépend en grande partie de l'importance qu'on accorde à l'identité de la victime comme élément de l'infraction en question. Les auteurs de l'ouvrage Smith and Hogan *Criminal Law*, précité, exposent, aux pp. 60 et 61, la critique que le professeur Williams formule au sujet de cette doctrine appliquée au meurtre, et ils y répondent de la façon suivante:

Williams regards the doctrine of transferred malice as a "rather arbitrary exception to normal principles". He rejects the argument that "the result is *not* unintended, for the intention was to kill, and the result is a killing". He writes:

"This argument . . . sounds plausible only because part of the real intention is omitted. Although the result in the sense of a killing was intended, the result in the sense of a killing of P was not intended. After all the accused is not indicted for killing in the abstract; he is indicted for killing P; and it should therefore, on a strict view, be necessary to establish *mens rea* in relation to the killing of P."

The answer to this, it is submitted, is that D's act is unintentional only in a respect which is immaterial. The test of materiality in a difference of result is whether it affects the existence of the *actus reus* which D intended. Thus it would be immaterial that D intended to shoot P in the heart but, because of a quite unexpected movement by P, shot him (unintentionally) in the head. The *actus reus* of murder is the killing of a human being—any human being—under the Queen's Peace, and his identity is irrelevant.

In Canada, liability for the killing of an "unintended victim" is not the result of the operation of the doctrine of transferred intent. It is the result of the explicit terms of s. 212(b) which, it will be recalled, provides:

212. Culpable homicide is murder

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

It will be noted that the wording of this section imposes liability for murder both in situations of *error in objecto* (mistake) and in situations of *aberratio ictus* (accident). The jury found that Mr. Droste, meaning to cause the death of a human being (Mrs. Droste) by accident caused the death of another human being (each of the children). He is therefore guilty of murder pursuant to s. 212(b) and the debate between Professor Wil-

[TRANSLATION] Williams considère la doctrine du transfert de malice comme une «exception plutôt arbitraire aux principes ordinaires». Il rejette l'argument selon lequel «le résultat *n'est pas* involontaire, car il y a eu intention de tuer et il en est résulté un homicide». Il écrit:

«Cet argument . . . semble plausible uniquement parce qu'une partie de l'intention réelle est passée sous silence. Même si le résultat, au sens d'un homicide, était voulu, le résultat, l'homicide de P, ne l'était pas. Après tout, l'accusé n'est pas inculpé d'homicide dans l'abstrait; il est accusé d'avoir tué P; il faudrait donc, d'un point de vue strict, prouver la *mens rea* en ce qui concerne l'homicide de P.»

La réponse à cela, soutient-on, est que l'acte de D est involontaire uniquement sous un rapport qui n'est pas pertinent. Le critère de la pertinence pour ce qui est d'un résultat différent est de savoir s'il touche l'existence de l'*actus reus* projeté par D. Il serait donc sans importance que D ait eu l'intention d'atteindre P au coeur mais que, en raison d'un geste tout à fait inattendu de ce dernier, il l'ait atteint (involontairement) à la tête. L'*actus reus* du meurtre est le fait de tuer un être humain—tout être humain—en violation de la paix et de l'ordre public, et son identité importe peu.

Au Canada, la responsabilité de la personne qui tue une «victime non envisagée» résulte non pas de l'application de la doctrine du transfert d'intention mais des termes mêmes de l'al. 212b) qui, on s'en souviendra, est ainsi rédigé:

212. L'homicide coupable est un meurtre

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

On remarquera qu'aux termes de cet article, il y a responsabilité pour meurtre à la fois dans les cas où il y a *error in objecto* (erreur) et dans ceux où il y a *aberratio ictus* (accident). Le jury a conclu qu'en voulant causer la mort d'un être humain (M^{me} Droste) M. Droste a, par accident, causé la mort d'un autre être humain (chacun de ses enfants). Il est donc coupable de meurtre en vertu de l'al. 212b) et le débat entre le professeur Wil-

liams and Professors Smith and Hogan can have no relevance to this finding. The next question is whether, as counsel contends, it can have relevance to the issue of whether Mr. Droste is guilty of first degree murder.

The majority decision of this Court in *Ancio v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 225, released concurrently herewith, illustrates the proposition that where the *Criminal Code* creates a separate substantive offence related to murder, it is the *mens rea* for that separate offence and not necessarily the mental states enumerated in ss. 212 and 213 that determines liability. For attempted murder, the requisite *mens rea* is an intention to kill. A lesser intention, even if sufficient to impose liability for murder if death does result, will not suffice to impose liability for attempted murder if death does not ensue. It might appear possible to argue by parity of reasoning that s. 214(2) creates the separate substantive offence of first degree murder and that part of the *mens rea* for this offence is planning and deliberation with regard to the identity of the victim. If this analogy to the reasoning in *Ancio* were correct, then in order to establish Mr. Droste's liability for first degree murder the Crown would have to demonstrate planning and deliberation in relation to the deaths of the children. In the event, however, this analogy is not correct. Even if s. 214(2) did create a separate substantive offence of first degree murder—which it does not—I would incline to Professors Smith and Hogan's analysis and to the conclusion of Martin J.A. in the Ontario Court of Appeal that the identity of the victim would not be an essential element of such an offence. Such speculation is, however, unnecessary since this Court's decision in *R. v. Farrant*, [1983] 1 S.C.R. 124, does make it clear that s. 214 does not create a separate substantive offence of first degree murder, but rather constitutes a characterization, for purposes of sentencing, of the substantive offence of murder as outlined in the various parts of ss. 212 and 213. There is therefore no possibility of a distinct *mens rea* for first degree murder nor can there be a question of transferring any such intent from the planned to the actual victim. The issue of whether what Mr. Droste was found to have done consti-

liams et les professeurs Smith et Hogan ne peut être d'aucune utilité en ce qui concerne ce verdict. Il faut ensuite se demander si, comme le prétend l'avocat, ce débat peut avoir un rapport avec la question de savoir si M. Droste est coupable de meurtre au premier degré.

L'arrêt de cette Cour à la majorité, *Ancio c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 225, rendu en même temps que le présent arrêt, illustre la proposition portant que, dans les cas où le *Code criminel* crée une infraction distincte liée au meurtre, c'est la *mens rea* applicable à cette infraction distincte et non nécessairement les états d'esprit énumérés aux art. 212 et 213 qui permet d'établir la responsabilité. Dans le cas d'une tentative de meurtre, la *mens rea* nécessaire est l'intention de tuer. Une intention moindre, même suffisante pour imposer une responsabilité pour meurtre si la mort s'ensuit, ne suffira pas pour imposer une responsabilité pour tentative de meurtre si la mort ne s'ensuit pas. Il pourrait sembler possible de faire valoir, au moyen d'un raisonnement analogue, que le par. 214(2) crée l'infraction distincte de meurtre au premier degré et qu'une partie de la *mens rea* applicable à cette infraction est la préméditation liée à l'identité de la victime. Si cette analogie avec le raisonnement de l'arrêt *Ancio* était exacte, alors pour établir la responsabilité de M. Droste pour meurtre au premier degré, le ministère public devait démontrer que la mort des enfants a été préméditée. Quoi qu'il en soit cependant, cette analogie est inexacte. Même si le par. 214(2) créait une infraction distincte de meurtre au premier degré—ce qui n'est pas le cas—je pencherais pour l'analyse des professeurs Smith et Hogan et la conclusion du juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario que l'identité de la victime ne constituerait pas un élément essentiel de cette infraction. Cette spéculation est toutefois inutile puisque l'arrêt de cette Cour, *R. c. Farrant*, [1983] 1 R.C.S. 124, indique clairement que l'art. 214 ne crée pas une infraction distincte de meurtre au premier degré mais qu'il caractérise plutôt l'infraction même de meurtre énoncée dans les différentes parties des art. 212 et 213, pour les fins du prononcé de la sentence. Il ne peut donc y avoir une *mens rea* distincte pour le meurtre au premier degré pas plus qu'il ne peut être question de transférer une telle intention de la

tutes first degree murder affords no parallel to the issue in *Ancio*, nor does it depend on the applicability or appropriateness of the doctrine of transferred intent. It is a relatively straightforward issue of statutory interpretation.

V Statutory Interpretation

The appellant's argument depends in large measure on the purported contradiction in the notion "planning and deliberating" upon an "unintentional" killing. This conceptualization of what underlies finding Mr. Droste guilty of first degree murder does not accord with the scheme of the *Criminal Code* with regard to homicide.

According to s. 205 of the *Code*, a person commits homicide when, directly or indirectly, by any means, he causes the death of a human being. Mr. Droste committed homicide by causing the death of his children. Homicide is culpable or not culpable. Culpable homicide is murder or manslaughter or infanticide. As outlined earlier, s. 212(b), when stripped of non-essentials, provides that culpable homicide is murder where a person (Mr. Droste), meaning to cause death of a human being (Mrs. Droste), by accident causes death to another human being (each of his children), notwithstanding that he does not mean to cause death or bodily harm to that human being. For purposes of the *Criminal Code*, then, what Mr. Droste did was not "unintentional". The argument of the appellant, as I understand it, would truncate s. 212(b) by writing one of its vital components out of the section. Mr. Droste was not charged with the accidental killing of his children. He was charged with meaning to cause the death of Mrs. Droste and by accident or mistake causing the death of the children. Causing death by accident normally results in acquittal or, at most, a conviction for manslaughter. When such a killing is accompanied by an intention to cause death to another human being s. 212(b) dictates that the homicide is not manslaughter but murder, *i.e.* intentional killing.

victime envisagée à la victime réelle. La question de savoir si ce dont M. Droste a été déclaré coupable constitue un meurtre au premier degré n'est nullement comparable à celle soulevée dans l'affaire *Ancio* et elle ne dépend pas non plus de l'applicabilité ou de l'à-propos de la doctrine du transfert d'intention. Il s'agit d'une question d'interprétation de la loi relativement simple.

V L'interprétation de la loi

L'argumentation de l'appelant se fonde dans une large mesure sur la contradiction qui existerait entre la notion de «préméditation» et le fait de «causer la mort involontairement». Cette conceptualisation de ce qui sous-tend la conclusion que M. Droste est coupable de meurtre au premier degré n'est pas conforme à l'économie du *Code criminel* en matière d'homicide.

Selon l'art. 205 du *Code*, commet un homicide, quiconque, directement ou indirectement, par quelque moyen, cause la mort d'un être humain. M. Droste a commis un homicide en causant la mort de ses enfants. L'homicide est coupable ou non coupable. L'homicide coupable est le meurtre, l'homicide involontaire coupable ou l'infanticide. Comme je l'ai déjà souligné, l'al. 212b) prévoit essentiellement que l'homicide coupable est un meurtre lorsqu'une personne (M. Droste), ayant l'intention de causer la mort d'un être humain (M^{me} Droste), cause par accident la mort d'un autre être humain (chacun de ses enfants), même si elle n'a pas l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles à cet être humain. Aux fins du *Code criminel*, ce qu'a fait M. Droste n'était donc pas «involontaire». L'argument de l'appelant, si je le comprends bien, tronquerait l'al. 212b) en supprimant l'un de ses éléments essentiels. M. Droste n'a pas été accusé d'avoir causé accidentellement la mort de ses enfants. Il a été accusé d'avoir eu l'intention de causer la mort de M^{me} Droste et, par accident ou erreur, d'avoir causé la mort de ses enfants. Causer la mort par accident entraîne normalement un verdict d'acquiescement ou, tout au plus, une condamnation pour homicide involontaire coupable. Lorsque l'homicide est accompagné de l'intention de causer la mort d'un autre être humain, l'al. 212b) prévoit que ce n'est pas un homicide involontaire coupable mais un meurtre c.-à-d. un homicide volontaire.

There is no question that on the jury's findings Mr. Droste is guilty of murder under s. 212(b). Is he, pursuant to s. 214(2), guilty of first degree murder? Subsections (1), (2) and (7) of s. 214 provide sequentially that (a) murder is first degree or second degree murder; (b) murder is first degree murder when it is planned and deliberate; (c) all murder that is not first degree murder is second degree murder. The appellant's submissions appear to require treating ss. 212(b) and 214(2) as describing different substantive offences embodying different mental elements. "Planning and deliberation" would thus become part of the mental element for the substantive offence under s. 214(2), an element which, on the appellant's submission, would have to be proven with regard to the actual killing committed, *i.e.* the killing of the children.

The majority judgment of this Court in *R. v. Farrant, supra*, makes it impossible for the appellant to succeed on this argument. On pages 140-42 of that judgment the following passages appear:

Section 214, however, is not the section which sets out the elements of the offence of murder. This is done in ss. 212 and 213. Section 214 does not create a distinct and independent substantive offence of first degree constructive murder pursuant to forcible confinement. The section is subservient to ss. 212 and 213; it classifies for sentencing purposes, the offences in s. 212 and 213 as either first or second degree murder. The importance of the distinction between first and second degree murder is that first degree murder carries with it a mandatory life sentence without eligibility for parole for twenty-five years (s. 218, s. 669(a)). A conviction for second degree murder also carries with it a mandatory life sentence, but parole may be granted after 10 years of imprisonment unless the jury recommends a greater number of years.

The distinction between first and second degree murder in s. 214 is not based upon intent; it is based upon 1) the presence of planning and deliberation (s. 212(2)); 2) the

Il ne fait aucun doute que, suivant les conclusions du jury, M. Droste est coupable de meurtre au sens de l'al. 212b). Est-il coupable de meurtre au premier degré au sens du par. 214(2)? Les paragraphes (1), (2) et (7) de l'art. 214 prévoient respectivement a) qu'il existe deux catégories de meurtres: ceux du premier degré et ceux du deuxième degré; b) que le meurtre au premier degré est le meurtre commis avec préméditation; c) que les meurtres qui n'appartiennent pas à la catégorie des meurtres au premier degré sont des meurtres au deuxième degré. Suivant l'argumentation de l'appelant, il semble qu'il faille considérer que l'al. 212b) et le par. 214(2) décrivent des infractions différentes qui comportent des éléments moraux différents. La «préméditation» deviendrait ainsi partie intégrante de l'élément moral de l'infraction prévue au par. 214(2), élément qui, suivant l'appelant, devrait être prouvé en ce qui concerne l'homicide effectivement commis, c.-à-d. le fait d'avoir causé la mort des enfants.

Cet argument de l'appelant ne peut être retenu en raison de l'arrêt de cette Cour à la majorité, *R. c. Farrant*, précité. Voici des extraits des pp. 140 à 142 de cet arrêt:

L'article 214 n'est toutefois pas celui qui définit les éléments de l'infraction de meurtre. Ce sont les art. 212 et 213 qui le font. L'article 214 ne crée pas d'infraction distincte, en droit, de meurtre au premier degré par imputation par suite d'une séquestration. Cet article est subordonné aux art. 212 et 213; il répartit, pour les fins de la sentence, les actes criminels définis aux art. 212 et 213 en meurtre au premier degré et meurtre au deuxième degré. L'importance de la distinction entre le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré tient à ce que le meurtre au premier degré comporte une sentence obligatoire d'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant vingt-cinq ans (art. 218 et 669a)). Une déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré comporte obligatoirement aussi une sentence d'emprisonnement à perpétuité, mais la libération conditionnelle peut être accordée après dix ans d'emprisonnement, à moins que le jury n'ait recommandé un plus grand nombre d'années.

La distinction entre le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré, à l'art. 214, ne se fonde pas sur l'intention; elle se fonde 1) sur la préméditation (par.

identity of the victim (s. 214(4)); or 3) the nature of the offence being committed at the time of the murder (s. 214(5)). The primary and essential determination for a jury to make is whether murder has been committed, either under s. 212 or, where the evidence warrants it, under s. 213. Considerations of the distinctions between first and second degree murder are irrelevant in making this preliminary determination. Once the offence has been found, it is then classified.

To argue that s. 214 is controlling in a situation such as the present one is to confuse the sections which set out the elements of the offence of murder with the classification process provided in s. 214. The classification in s. 214 functions within the context of sentencing and is not determinative of the substantive offence of murder.

The same point had been made in *R. v. Woods and Gruener* (1980), 57 C.C.C. (2d) 220, at p. 229, by Howland C.J.O. delivering the judgment of the Ontario Court of Appeal:

Section 214 is a classification section. It does not create new substantive offences of first degree murder and second degree murder. It starts from the premise that murder within ss. 212 or 213 has been committed and specifies that the additional elements which will determine whether the offence is first degree murder or second degree murder. There are four situations in which the murder will constitute first degree murder:

- (1) When it is planned and deliberate within s. 212(1).
- (2) When it is committed with intent to cause death or grievous bodily harm to a person.
- (3) When it is committed with intent to cause death or grievous bodily harm to a person.
- (4) When it is committed with intent to cause death or grievous bodily harm to a person.

It is clear, then, that first degree murder and second degree murder are not different offences. The substantive offence is murder. The characterization of murder as being in the first degree or in the second degree is for sentencing purposes only. There is no question of transferring the intent to cause a s. 212(b) offence to the *actus reus* of first degree murder, nor is it a case of transferring the intent to commit first degree murder upon victim A to the *actus reus* of committing murder against victim B. I repeat, the substantive offence involved is murder under s. 212(b). The *mens rea* for that offence is intending the death or grievous bodily harm likely to cause death, to person A. The *actus reus* for this offence is causing the death of person

214(2)); 2) sur l'identité de la victime (214(4)); ou 3) sur la nature de l'infraction commise au moment de la perpétration du meurtre (par. 214(5)). La décision principale et essentielle que doit prendre le jury porte sur la question de savoir s'il y a eu meurtre soit en application de l'art. 212 soit, si la preuve le justifie, en application de l'art. 213. La considération des distinctions entre le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré n'entre nullement dans la formation de cette décision préliminaire. C'est après avoir conclu au meurtre qu'on passe à sa classification.

Soutenir que l'art. 214 est déterminant dans une situation comme celle-ci, c'est confondre les articles qui définissent les éléments de l'infraction de meurtre avec le processus de classification fourni par l'art. 214. La classification de l'art. 214 s'applique dans le cadre de la sentence, mais elle ne détermine pas, en droit, l'infraction même de meurtre.

Le juge en chef Howland qui a prononcé l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, *R. v. Woods and Gruener* (1980), 57 C.C.C. (2d) 220, soulève le même point, à la p. 229:

[TRANSLATION] L'article 214 est un article de classification. Il ne crée pas de nouvelles infractions de meurtre au premier degré et de meurtre au deuxième degré. Il tient pour acquis qu'un meurtre au sens des art. 212 ou 213 a été commis et il précise les éléments additionnels qui détermineront si l'infraction est un meurtre au premier degré ou un meurtre au deuxième degré. Il y a quatre cas où le meurtre constitue un meurtre au premier degré:

- (1) Lorsqu'il est commis avec préméditation au sens des par. (2) et (3).
- (2) Lorsqu'il est commis avec l'intention de causer la mort ou des lésions graves à une personne.
- (3) Lorsqu'il est commis avec l'intention de causer la mort ou des lésions graves à une personne.
- (4) Lorsqu'il est commis avec l'intention de causer la mort ou des lésions graves à une personne.

Il est donc manifeste que le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré ne sont pas des infractions distinctes. L'infraction même est le meurtre. Celui-ci est qualifié de meurtre au premier degré ou de meurtre au deuxième degré uniquement pour les fins du prononcé de la sentence. Il n'est pas question de transférer l'intention de commettre une infraction prévue à l'al. 212(b) pour l'appliquer à l'*actus reus* d'un meurtre au premier degré, ni de transférer l'intention de commettre un meurtre au premier degré contre A pour l'appliquer à l'*actus reus* du meurtre de B. Je le répète, l'infraction même en question est le meurtre visé à l'al. 212(b). La *mens rea* relative à cette infraction est l'intention de causer la mort de A ou

B. Once these elements have been established, an accused is guilty of murder. Section 214(2) specifies one of several situations in which murder is murder in the first degree, namely, where "it" is planned and deliberate. The "it" refers to murder, committed in any of the relevant ways specified by the *Code*, including s. 212(b). This means that the element of planning and deliberation must be related to the specific *mens rea* of the applicable section, which in the present case is, as I have just mentioned, intending to cause death to person A. There may be some mental states specified in ss. 212 or 213 which are incompatible with planning and deliberation, but this *mens rea* is not one of them.

VI Policy Considerations

The *rationale* behind s. 214(2) is that there is an added moral culpability to a murder that is planned and deliberate which justifies a harsher sentence. This added culpability is present by virtue of the planning and deliberation with relation to the taking of a human life, not with relation to the identity of the intended victim. A mistake or accident as to the victim is not a mitigating factor. The legal evaluation of the magnitude of the crime should not be affected by the fact that the accused is a poor marksman, hitting and killing B rather than A. The point is quaintly, but cogently, made in *Foster's Crown Cases* (3rd ed., 1809), Discourse II, "Of Homicide", at p. 262.

... where the injury intended against A. proceeded from a wicked, murderous, or mischievous motive, the party is answerable for all of the consequences of the action, if death ensueth from it, though it had not it's effect upon the person whom he intended to destroy. The *malitia* I have already explained, the heart regardless of social duty and deliberately bent upon mischief, and consequently the guilt of the party is just the same in the one case as in the other.

When s. 214(2) is combined with s. 212(b) the identity and character of any victim is entirely irrelevant. The requirement of planning and deliberation is a requirement that relates to the inten-

de lui causer des lésions corporelles graves susceptibles de causer sa mort. L'*actus reus* de cette infraction est le fait de causer la mort de B. Une fois ces éléments prouvés, un accusé est coupable de meurtre. Le paragraphe 214(2) précise l'un des nombreux cas où le meurtre est un meurtre au premier degré, savoir, lorsqu'il est commis avec préméditation. Le mot meurtre désigne le meurtre commis de l'une ou l'autre des façons pertinentes prévues par le *Code*, notamment par l'al. 212b). Cela signifie que l'élément de préméditation doit être lié à la *mens rea* spécifique de la disposition applicable qui, dans le présent cas, est, comme je viens de le mentionner, l'intention de causer la mort de A. Les articles 212 ou 213 peuvent mentionner des états d'esprit qui sont incompatibles avec la préméditation, mais cette *mens rea* ne compte pas parmi ceux-ci.

VI Les considérations de principe

La raison d'être du par. 214(2) tient à ce qu'un meurtre commis avec préméditation comporte un élément de culpabilité morale supplémentaire qui justifie une peine plus sévère. Cet élément de culpabilité supplémentaire découle de la préméditation liée à la suppression d'une vie humaine et non à l'identité de la victime envisagée. Une erreur ou un accident concernant la victime n'est pas un facteur atténuant. Le fait que l'accusé soit un mauvais tireur et qu'il ait atteint et tué B au lieu de A ne doit pas influencer sur l'évaluation, en droit, de la gravité du crime. C'est ce que l'on fait remarquer d'une manière originale mais convaincante dans *Foster's Crown Cases* (3^e éd., 1809), Discourse II, «Of Homicide», à la p. 262:

[TRADUCTION] ... lorsque le préjudice que l'on avait l'intention de causer à A. procède d'une intention perverse, meurtrière ou malicieuse, la partie en question est responsable de toutes les conséquences de son acte, si cet acte cause la mort, même s'il ne s'est pas réalisé sur la victime envisagée. La malice que j'ai déjà expliquée, l'âme qui ne se soucie pas des responsabilités sociales et qui se voue délibérément à faire le mal et, par conséquent, la culpabilité de l'accusé, sont exactement les mêmes dans un cas comme dans l'autre.

Lorsque le par. 214(2) est combiné avec l'al. 212b), l'identité et la réputation d'une victime n'ont aucune importance. L'exigence de prémédi-

tion to take a human life and not to the identity of the victim.

VII Conclusion

In the result, whether one approaches the question on an analysis of the relationship of s. 214(2) to the substantive offence in s. 212(b), or on the basis of the underlying policy *rationale* of s. 214(2), or, even if it were relevant, on the basis of transferred intent, one arrives at precisely the same conclusion: planning and deliberation with relation to the killing of a specific person makes the offence first degree murder when in the course of carrying out the plan the accused in fact kills someone else.

I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—I have had the advantage of reading the reasons for judgment of my colleague, Mr. Justice Dickson, and I agree with his conclusion that the appeal in this case must be dismissed. Because my colleague relies heavily on the judgment of the majority of this Court in *R. v. Farrant*, [1983] 1 S.C.R. 124, with which I disagreed, I wish to record my own reason for dismissing the appeal.

I would respectfully adopt the following passage from the reasons of Martin J.A. speaking for the Ontario Court of Appeal in this case (1981), 34 O.R. (2d) 588, at p. 592:

We think that the trial judge correctly instructed the jury that if they were satisfied beyond a reasonable doubt that the appellant's intention to kill his wife was planned and deliberate and that in the course of carrying out that intention he caused the death of the children by accident or mistake, that the resulting murder constituted first degree murder.

Section 214(2) provides that "murder" is first degree murder when "it" is planned and deliberate. Where murder as defined by s. 212(b) is committed and that murder is planned and deliberate the murder is first degree murder even though the planned and deliberate intention to kill took effect on a person other than the intended victim.

As we have indicated, we are satisfied that a conviction for first degree murder may be supported on the

tation se rapporte à l'intention de supprimer une vie humaine et non à l'identité de la victime.

VII Conclusion

Somme toute, que l'on aborde la question en analysant le rapport entre le par. 214(2) et l'infraction même prévue à l'al. 212b), en fonction de la considération de principe qui sous-tend le par. 214(2), ou même, si cela était pertinent, en fonction du transfert d'intention, on arrive exactement à la même conclusion: la préméditation liée au fait de tuer une personne en particulier fait de cette infraction un meurtre au premier degré lorsqu'en exécutant son projet l'accusé tue une autre personne.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mon collègue le juge Dickson et je suis d'accord avec sa conclusion que le présent pourvoi doit être rejeté. Parce que mon collègue se fonde beaucoup sur l'arrêt de cette Cour à la majorité, *R. c. Farrant*, [1983] 1 R.C.S. 124, dans lequel j'ai exprimé ma dissidence, je tiens à formuler les raisons qui m'incitent à rejeter ce pourvoi.

Avec égards, je suis d'avis d'adopter le passage suivant des motifs que le juge Martin a rédigés au nom de la Cour d'appel de l'Ontario en l'espèce (1981), 34 O.R. (2d) 588, à la p. 592:

[TRADUCTION] Nous croyons que le juge du procès a eu raison de dire dans ses directives au jury que si celui-ci était convaincu hors de tout doute raisonnable que l'intention de l'appelant de tuer son épouse était assortie de préméditation et qu'en donnant suite à cette intention il a causé la mort de ses enfants par accident ou par erreur, le meurtre qui s'en est suivi constituait un meurtre au premier degré.

Le paragraphe 214(2) prévoit que le «meurtre» au premier degré est le meurtre commis avec préméditation. Lorsque le meurtre défini à l'al. 212b) est commis avec préméditation, il constitue un meurtre au premier degré même si l'intention de tuer, assortie de préméditation, s'est réalisée sur une personne autre que la victime envisagée.

Comme nous l'avons indiqué, nous sommes convaincus qu'une déclaration de culpabilité de meurtre au

basis of a combination of s. 212(b) and 214(2) and we are unable to accept the submission of Mr. Kluwak that in order to constitute first degree murder under s. 214(2) the planning and deliberation must be with respect to the person actually killed. We think the law is correctly stated by Professor Mewett in an article entitled *First Degree Murder* (1978-79), 21 *Crim. L.Q.* 82 at 83, where he states:

Section 212(b) does not seem to cause problems, at least where it applies by virtue of meaning to cause someone else's death. Since it is the murder that has to be planned and deliberate and since the effect of s. 212(b) is merely to enact that an intent to murder A is sufficient *mens rea* if by accident or mistake, the accused kills B, then it would seem that planning and deliberating the murder of A and by accident or mistake killing B would make the "murder" of B (for so it is defined by s. 212 (b)) planned and deliberate.

It seems to me that this reasoning is dispositive of the present appeal and on that basis therefore I would dismiss it.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Gerald Kluwak, Toronto.

Solicitor for the respondent: Ministry of the Attorney General, Toronto.

premier degré peut être fondée sur une combinaison de l'al. 212b) et du par. 214(2) et nous ne pouvons accepter la prétention de M^e Kluwak que, pour constituer un meurtre au premier degré au sens du par. 214(2), la préméditation doit avoir visé la personne réellement tuée. Nous estimons que le professeur Mewett énonce correctement la règle de droit applicable dans un article intitulé «*First Degree Murder*» (1978-79), 21 *Crim. L.Q.* 82, à la p. 83, où il affirme:

L'alinéa 212b) ne semble soulever aucun problème, du moins lorsqu'il s'applique en raison de l'intention de causer la mort d'une autre personne. Puisque c'est le meurtre qui doit être prémédité et que l'al. 212b) a pour seul effet de prévoir que l'intention de tuer A constitue une *mens rea* suffisante si, par accident ou par erreur, l'accusé tue B, il semblerait alors que le fait de préméditer le meurtre de A et de tuer B par accident ou par erreur rende le «meurtre» de B (puisque'il est ainsi défini à l'al. 212b)) prémédité.

Ce raisonnement me semble concluant aux fins de l'espèce et, sur ce fondement, je suis donc d'avis de rejeter le présent pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: Gerald Kluwak, Toronto.

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