

Mark Walter Kirkness *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. KIRKNESS

File No.: 21720.

1990: May 3; 1990: November 22.

Present: Lamer C.J.* and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Homicide — Single transaction principle — Principle derived from first degree murder classification — Whether or not single transaction principle extends to manslaughter — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 214(5).

Criminal law — Attempts — Party to offence — Common intent — Agreement to break and enter — One party sexually assaulting and murdering victim — Accused asking companion not to strangle victim but otherwise not preventing or dissociating self — Whether or not accused aiding and abetting crime of manslaughter — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 21(1), (2).

Appellant and a friend, Snowbird, had been drinking when they agreed to break into a house at Snowbird's suggestion. Appellant entered through a window with a garden tool handle, let Snowbird in through the door and gave the broken handle to Snowbird as a weapon. Snowbird sexually assaulted and killed the eighty-three-year-old woman who lived there. Appellant was told to leave the room when the assault began and remained across the hall while the assault was occurring. He placed a chair against the outside door of the house and occupied himself with stealing various things from the house. Snowbird dragged his unconscious victim into the hallway and began to choke her. Appellant asked him "not to do that because he (Snowbird) was going to kill her." Snowbird then suffocated the victim.

The trial judge set out two options to the jury: either they could find both Snowbird and appellant guilty of murder or the lesser included offence of manslaughter or alternatively they could find that the death occurred

* Chief Justice at the time of judgment.

Mark Walter Kirkness *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: R. C. KIRKNESS

N° du greffe: 21720.

1990: 3 mai; 1990: 22 novembre.

b

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

c

Droit criminel — Homicide — Principe de l'affaire unique — Principe découlant de la catégorie des meurtres au premier degré — Le principe de l'affaire unique s'étend-il à l'homicide involontaire coupable? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 214(5).

Droit criminel — Tentatives — Partie à une infraction — Intention commune — Entente sur l'introduction par effraction — Agression sexuelle et meurtre commis par une partie — L'accusé a demandé à son compagnon de ne pas étrangler la victime, mais sans l'en empêcher autrement ni s'en dissocier — L'accusé a-t-il aidé ou encouragé la perpétration de l'infraction d'homicide involontaire coupable? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 21(1), (2).

L'appellant et un ami, Snowbird, avaient consommé de l'alcool lorsqu'ils ont convenu d'entrer par effraction dans un domicile, à la suggestion de Snowbird. L'appellant est entré par une fenêtre qu'il a ouverte avec le manche d'un outil de jardin, il a ouvert la porte à Snowbird et lui a remis le manche brisé comme arme. Snowbird a agressé sexuellement et tué une femme de 83 ans qui vivait dans cette maison. L'appellant, suivant les directives de Snowbird, a quitté la chambre au début de l'agression et est demeuré dans le corridor pendant le déroulement de l'agression. Il a placé une chaise contre la porte d'entrée de la maison et s'est occupé en volant divers objets dans la maison. Snowbird a traîné sa victime inconsciente dans le corridor et a commencé à l'étrangler. L'appellant lui a dit «de ne pas faire cela parce qu'il (Snowbird) allait la tuer». Snowbird a ensuite étouffé la victime.

Le juge du procès a présenté deux options au jury: il pouvait soit conclure que Snowbird et l'appellant étaient coupables de meurtre ou de l'infraction moindre et incluse d'homicide involontaire coupable, soit conclure

* Juge en chef à la date du jugement.

because of suffocation at the hands of Snowbird. He did not charge the jury on s. 214(5) of the *Criminal Code*.

Snowbird was convicted of first degree murder. Appellant was acquitted but the Court of Appeal set aside the verdict and directed a new trial on the charge of manslaughter.

At issue here were: (1) whether or not it was appropriate to apply the "single transaction" principle derived from the first degree murder classification in s. 214(5) to support an order for a retrial on a charge of manslaughter; and (2) whether or not the trial judge adequately charged the jury on the issue of party liability as it related to accused's liability in the homicide and the application of s. 21 of the *Code*.

Held (Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.: The single transaction analysis should be limited to those cases of murder classified as being either in the first or second degree under s. 214(5). To establish a single transaction analysis, the Crown must first establish that the accused committed the underlying offence and that he or she also committed the murder. Similarly for party offences, the Crown must first establish that the accused was a party to both offences. It is only when this has been accomplished that the court may then consider whether the two offences were sufficiently closely connected in time to allow the murder to be classified as first degree. Manslaughter, however, is not classified as to category and can apply to a very broad range of circumstances. The single transaction analysis, therefore, could not be used to direct a new trial on a charge of manslaughter. Given the nature of the charge, the options left with the jury and Snowbird's conviction of first degree murder, appellant could not be part of a "single transaction" which resulted in the victim's death.

Appellant could only be implicated as a party to the sexual assault through the operation of s. 21 of the *Code*. The person aiding or abetting the crime must intend that death ensue or intend that he or the perpetrator cause bodily harm likely to result in death and be reckless whether death ensues or not. If the intent of the

que la mort avait été causée par l'étouffement de la victime par Snowbird. Le juge du procès n'a pas fait d'exposé au jury sur le par. 214(5) du *Code criminel*.

Snowbird a été déclaré coupable de meurtre au premier degré. L'appellant a été acquitté mais la Cour d'appel a écarté le verdict et a ordonné un nouveau procès sur l'accusation d'homicide involontaire coupable.

Les questions en litige sont les suivantes: (1) y a-t-il lieu d'appliquer le principe de «l'affaire unique» issu de la catégorie des meurtres au premier degré décrite au par. 214(5) pour fonder une ordonnance de nouveau procès sur une accusation d'homicide involontaire coupable? et (2) le juge du procès a-t-il convenablement exposé au jury la question de la responsabilité de la partie à une infraction, en ce qui concernait la responsabilité de l'accusé dans l'homicide et l'application de l'art. 21 du *Code*.

Arrêt (les juges Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidentes): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier et Cory: L'analyse fondée sur l'affaire unique devrait être limitée aux cas où le meurtre est classé dans la catégorie des meurtres au premier ou au deuxième degré en vertu du par. 214(5). L'analyse fondée sur l'affaire unique exige que la poursuite démontre d'abord que l'accusé a commis l'infraction sous-jacente et qu'il a également commis le meurtre. De même, en ce qui a trait aux infractions perpétrées à titre de participant, la poursuite doit d'abord établir que l'accusé était partie aux deux infractions. Ce n'est qu'après cela que le tribunal peut examiner la question de savoir si les deux infractions étaient suffisamment rapprochées dans le temps pour permettre que le meurtre soit qualifié de meurtre au premier degré. L'infraction d'homicide involontaire coupable n'est pas divisée en catégories et s'applique à une vaste gamme de circonstances. Par conséquent, l'analyse fondée sur l'affaire unique ne peut être utilisée pour ordonner la tenue d'un nouveau procès sur l'accusation d'homicide involontaire coupable. Compte tenu de l'accusation, de l'exposé, des options décrites au jury et de la déclaration de culpabilité de Snowbird pour meurtre au premier degré, l'appellant ne peut être partie à «une affaire unique» qui a entraîné le décès de la victime.

L'appellant ne pouvait être impliqué, aux termes de l'art. 21 du *Code*, qu'à titre de participant à l'agression sexuelle. Celui qui aide ou qui encourage une personne à commettre le crime doit avoir l'intention que la mort s'ensuive ou avoir l'intention que l'auteur du crime ou lui-même cause des lésions corporelles de nature à

aiding party is insufficient to support a murder conviction, then that party might still be convicted of manslaughter if the unlawful act which was aided or abetted is one he or she knows is likely to cause some harm short of death. Neither intent was demonstrated by the appellant in the present case.

Appellant, when he formed an intent in common with Snowbird to carry out the break and enter, did not know before entering that Snowbird would either commit a sexual assault or kill the victim. Appellant was not a party to the suffocation and, indeed, put Snowbird on "timely notice" that he was acting on his own. The single transaction principle was not applicable absent evidence linking appellant to the suffocation.

The trial judge adequately instructed the jury as to the offences (including manslaughter), the law pertaining to parties to offences and the evidence implicating the appellant in relation to the applicable law. A verdict of manslaughter was only open to the jury if the appellant was found to be a party to the sexual assault and the death was found to be a result of the sexual assault. The possibility of reaching such a verdict was not withdrawn from the jury.

Per Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. (dissenting): The single transaction principle discussed in *R. v. Paré* had no application here. The issue is whether the trial judge properly instructed the jury regarding appellant's possible liability as a party to the homicide under s. 21 of the *Criminal Code*.

In the context of murder, a jury can find an accused guilty of the lesser included offence of manslaughter where that person aided or abetted a principal found guilty of murder. In crimes of personal violence, the *mens rea* for manslaughter will often be present in a party who has assisted. The possibility of convicting an accessory for manslaughter as opposed to murder should have been explained to the jury in this case.

The mental element of the offence of aiding and abetting in the commission of a criminal offence is doing an act for the purpose of assisting the principal in the commission of the offence. In the context of party liability the essential elements of the offence take a somewhat different form from that taken in the case of principal offenders because a party's acts and intent must be examined in relation to those of the principal.

entraîner la mort et qu'il lui soit indifférent que la mort s'ensuive ou non. Si l'intention de la partie qui aide est insuffisante pour justifier une déclaration de culpabilité de meurtre, alors cette partie peut toujours être déclarée coupable d'homicide involontaire coupable si elle savait que l'acte illégal auquel elle a fourni de l'aide ou un encouragement était de nature à causer des blessures mais non la mort. Aucune intention de ce genre n'a été démontrée en l'espèce en ce qui concerne l'appellant.

L'appellant, qui a formé l'intention commune avec Snowbird de s'introduire par effraction, ne savait pas avant d'entrer que Snowbird commettrait une agression sexuelle ou tuerait la victime. L'appellant n'a pas participé à l'étouffement de la victime et il a, en réalité, donné un «avis opportun» à Snowbird que dès lors il agissait seul. Le principe de l'affaire unique ne s'applique pas en l'absence de preuve reliant l'appellant à l'étouffement.

Le juge du procès a fait un exposé adéquat au jury concernant les infractions (y compris l'homicide involontaire coupable), le droit relatif aux participants aux infractions et la preuve impliquant l'appellant, par rapport au droit applicable. Le jury ne pouvait arriver à un verdict d'homicide involontaire coupable que s'il concluait que l'appellant avait participé à l'agression sexuelle et que la mort résultait de celle-ci. La possibilité d'arriver à un tel verdict n'a pas été enlevée au jury.

Les juges Wilson et L'Heureux-Dubé (dissidentes): Le principe de l'affaire unique traité dans l'arrêt *R. c. Paré* ne s'applique pas en l'espèce. La question est de savoir si le juge du procès a donné des directives appropriées au jury concernant la responsabilité possible de l'appellant comme participant à l'homicide, aux termes de l'art. 21 du *Code criminel*.

Dans le contexte du meurtre, le jury peut déclarer un accusé coupable de l'infraction moindre et comprise d'homicide involontaire coupable lorsqu'il a aidé ou encouragé la personne qui est déclarée coupable de meurtre. Dans les crimes de violence contre la personne, celui qui a aidé à la perpétration du crime aura souvent la *mens rea* d'homicide involontaire coupable. La possibilité de déclarer un complice coupable d'homicide involontaire coupable par opposition au meurtre aurait dû être expliquée au jury en l'espèce.

L'élément moral de l'infraction d'aide et d'encouragement dans la perpétration d'une infraction criminelle est d'accomplir un acte en vue d'aider l'auteur dans la perpétration de l'infraction. Dans le contexte de la responsabilité à titre de participant, les éléments essentiels de l'infraction prennent une forme un peu différente de la forme qu'ils présentent dans le cas des auteurs principaux parce que les actes et l'intention d'un participant

Presence at the commission of an offence can be evidence of aiding and abetting if accompanied by other factors, such as prior knowledge of the principal offender's intention to commit the offence or attendance for the purpose of encouragement. Distinguishing between acts amounting to "mere acquiescence" and acts amounting to "encouragement", however, is often difficult. An aider or abettor must possess the necessary state of mind and evidence must support an inference that the accused had prior knowledge of the anticipated crime and that it was substantially similar to the actual crime.

The accused neither aided nor abetted this murder because he did not have the specific intent to assist in bringing about the death of the victim. His liability for the victim's death turned solely upon whether he aided or abetted the sexual assault of this woman. The evidence supports such a finding. His actions amounted to more than "mere acquiescence"; they were akin to those of a "look-out" and therefore could be considered as assisting and encouraging Snowbird in the commission of the sexual assault which he knew was taking place.

The crime committed by Snowbird was of a similar type to that which the accused believed he was aiding and abetting. It may be somewhat artificial to draw a sharp line between the act of sexual assault and the act of suffocation where the violence inherent in the sexual assault escalated in a maniacal way to the violence accompanying suffocation. The sexual assault and the suffocation are offences of the same type in the sense that together they combine to form the offences proscribed by either s. 246.2 or s. 246.3 of the *Code*. Moreover, they are offences which could cause bodily harm short of death. Even if the appellant intended only to assist in the commission of a sexual assault *simpliciter*, it would be open to the jury to find that in law he aided and abetted a crime of a type involving personal violence and hence a risk of bodily harm short of death.

The common intent rule (codified in s. 21(2)) was specifically designed to determine liability in situations such as the present. First the accused must be shown to have formed an intention in common with others to carry out an unlawful purpose and to assist them in achieving that purpose. This common intention is usually implied from the facts. It need not be pre-planned in any way and may arise just prior to or at the time of the

doivent être examinés par rapport aux actes et à l'intention de l'auteur principal. La présence au moment de la perpétration d'une infraction peut constituer une preuve d'aide et d'encouragement si elle est accompagnée d'autres facteurs, comme la connaissance préalable de l'intention de l'auteur de perpétrer l'infraction, ou si elle a pour but l'incitation. Il est souvent difficile d'établir une distinction entre les actes qui équivalent à un «simple acquiescement» et les actes qui équivalent à une «incitation». Celui qui aide ou encourage doit avoir l'état d'esprit nécessaire et la preuve doit permettre de déduire que l'accusé avait la connaissance préalable du crime envisagé et que ce dernier était essentiellement semblable au crime commis.

L'accusé n'a ni aidé ni encouragé le meurtre parce qu'il n'avait pas l'intention précise d'aider à causer la mort de la victime. Sa responsabilité relativement au décès de la victime dépend uniquement de la question de savoir s'il a fourni l'aide ou un encouragement à la perpétration de l'agression sexuelle. La preuve étaye une telle conclusion. Ses actes équivalaient à plus qu'un «simple acquiescement»; ils étaient semblables à ceux d'un «guetteur» et pouvaient donc être considérés comme aidant et encourageant Snowbird dans la perpétration de l'agression sexuelle qu'il savait avoir lieu.

Le crime commis par Snowbird était d'un genre semblable à celui auquel l'accusé croyait apporter de l'aide et de l'encouragement. Il peut être quelque peu artificiel de tirer une ligne de démarcation précise entre l'acte de l'agression sexuelle et l'acte d'étouffement lorsque la violence inhérente à l'agression sexuelle s'est intensifiée de façon maniaque jusqu'à la violence qui a accompagné l'étouffement. L'agression sexuelle et l'étouffement peuvent être considérés comme des infractions du même genre dans le sens que, ensemble, elles se complètent pour former les infractions interdites par les art. 246.2 ou 246.3 du *Code*. En outre, il s'agit d'infractions qui pourraient causer des lésions corporelles sans causer la mort. Même si l'appellant avait eu seulement l'intention d'aider à la perpétration d'une agression sexuelle simple, il serait loisible au jury de conclure que, en droit, il a aidé et encouragé un crime d'un genre comportant de la violence contre la personne et donc un risque de lésions corporelles mais non la mort.

La règle de l'objet commun (codifiée au par. 21(2)) a été précisément conçue pour déterminer la responsabilité dans le genre de situation présentée en l'espèce. Premièrement, il faut démontrer que l'accusé avait formé avec d'autres personnes le projet de poursuivre une fin illégale et de les aider à réaliser cette fin. La fin commune est habituellement déduite des faits. Il n'est pas nécessaire qu'elle soit planifiée d'avance et peut prendre

commission of the offence. Here, the initial common purpose of the appellant and Snowbird was to break and enter.

The nature of the common purpose is often determinative of whether an accused will be held responsible for the principal's subsequent acts. The propensity for violence of each or any of the common intenders is relevant to a determination of the extent of the common purpose. There was evidence here that resort to violence might occur in carrying out the common purpose.

If the jury found that the common purpose encompassed only the breaking and entering it might be hard to justify a finding that the death of the occupant was a probable consequence of that purpose. If, however, the jury determined that the common purpose also encompassed acts of physical violence against the occupant, then the route to party liability is much clearer. Violence so often accompanies sexual crimes that the probability of harm short of death is implicit, especially when the common purpose contemplates physical interference with a person. There may, of course, be situations where the level of physical violence contemplated is so minimal, even in some assaults of a sexual nature, that serious bodily harm is merely a possibility rather than a probability. The question of whether the causing of bodily harm short of death was a probable consequence of the sexual offence was for the jury to decide.

An accused may be absolved of criminal liability for the acts of the principal if he can show that he abandoned his purpose to assist in the commission of a criminal offence. The standard varies in relation to the accused's degree of participation in the crime. The central consideration relates to the quality of the withdrawal in relation to both the offence and the type of criminal participation in which the party has engaged. The trial judge also erred in failing to explain the abandonment defence to the jury.

The trial judge did not adequately instruct the jury with regard to the possibility of convicting the appellant of manslaughter. The charge was confusing and it was erroneous and misleading with respect to the application of the common intent section. By posing the question in terms of whether the sexual assault caused the death, he improperly implied that if appellant did not directly assist in the act of suffocation he could not be held responsible for the victim's death. The question for the

naissance juste avant la perpétration de l'infraction ou au moment de celle-ci. En l'espèce, l'appelant et Snowbird avaient initialement formé le projet commun de s'introduire par effraction dans un domicile.

a La nature de la fin commune sera souvent déterminante pour répondre à la question de savoir si un accusé sera tenu responsable des actes subséquents de l'auteur principal. Pour déterminer les limites de la fin commune, il est pertinent d'examiner la tendance à la violence de chacune des personnes qui ont formé ensemble le projet. En l'espèce, il y avait preuve qu'on pouvait recourir à la violence pour poursuivre la fin commune.

c Si le jury décidait que la fin commune ne visait que l'introduction par effraction, il serait difficile de justifier la conclusion selon laquelle la mort de l'occupante était une conséquence probable de cette fin. Toutefois, si le jury déterminait que la fin commune visait également des actes de violence physique contre l'occupante, alors la voie à suivre pour déterminer la responsabilité à titre de participant serait beaucoup plus claire. La violence accompagne si souvent les crimes d'ordre sexuel qu'il est implicite dans la nature même de l'infraction que certaines blessures, sinon la mort, sont probables, surtout lorsque le projet commun envisage un acte physique contre une personne. Évidemment, il peut y avoir des situations dans lesquelles le niveau de violence physique envisagée est tellement minime, même dans certaines agressions de nature sexuelle, que des lésions corporelles graves sont une simple possibilité plutôt qu'une probabilité. Il appartenait au jury de trancher la question de savoir si l'infliction de lésions corporelles sans causer la mort était une conséquence probable de l'infraction sexuelle.

g Un accusé peut se dégager de la responsabilité criminelle à l'égard des actes de l'auteur principal s'il peut démontrer qu'il a renoncé au projet de l'aider à perpétrer une infraction criminelle. La norme varie selon le degré de participation de l'accusé au crime. La considération principale est la qualité du retrait relativement à l'infraction et le genre de participation criminelle adoptée par le participant. Le juge du procès a aussi commis une erreur en n'expliquant pas au jury le moyen de défense fondé sur la renonciation.

j Le juge du procès n'a pas donné au jury des directives adéquates sur la possibilité de déclarer l'appelant coupable d'homicide involontaire coupable. Les directives étaient confuses, erronées et trompeuses quant à l'application de l'article sur l'intention commune. En disant qu'il s'agissait de savoir si l'agression sexuelle avait causé le décès, le juge du procès a incorrectement sous-entendu que si l'appelant n'avait pas directement aidé à l'étouffement alors il ne pouvait pas être tenu responsa-

jury, however, was not whether the sexual assault caused the death but rather whether appellant aided or abetted Snowbird in a crime which was of the type which could have caused bodily harm or whether bodily harm could have resulted as a consequence of carrying out the sexual assault. This point of fundamental importance was lost on the jury because of the trial judge's misdirection.

Cases Cited

By Cory J.

Distinguished: *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618; **referred to:** *R. v. Stevens* (1984), 11 C.C.C. (3d) 518; *R. v. Whitehouse*, [1941] 1 D.L.R. 683; *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680.

By Wilson J. (dissenting)

R. v. Paré, [1987] 2 S.C.R. 618; *R. v. Kent, Sinclair and Gode* (1986), 40 Man. R. (2d) 160; *R. v. Hartford and Frigon* (1979), 51 C.C.C. (2d) 462; *R. v. Trudeau and Toulouse* (1985), 12 O.A.C. 189; *Murray v. The Queen*, [1962] Tas. S.R. 170; *Dunlop and Sylvester v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 881; *R. v. Cunningham* (1937), 68 C.C.C. 176; *R. v. Lloyd* (1890), 19 O.R. 352; *R. v. Black*, [1970] 4 C.C.C. 251; *R. v. Cosgrove* (1975), 29 C.C.C. (2d) 169; *R. v. Clarkson*, [1971] 3 All E.R. 344; *R. v. Salajko* (1970), 9 C.R.N.S. 145; *R. v. Yanover and Gerol* (1985), 20 C.C.C. (3d) 300; *Director of Public Prosecutions for Northern Ireland v. Maxwell*, [1978] 1 W.L.R. 1350; *R. v. Stevenson* (1984), 11 C.C.C. (3d) 443; *Lord Dacre's Case* (1543), 1 Hale H.P.C. 439; *Plummer's Case*, Kel J. 109, 84 E.R. 1103; *R. v. Rice* (1902), 5 C.C.C. 509, leave to appeal refused (1902), 5 C.C.C. 529; *R. v. Govedarov, Popovic and Askov* (1974), 16 C.C.C. (2d) 238; *R. v. Viger* (1985), 36 C.C.C. (3d) 18; *Henderson v. The King*, [1948] S.C.R. 226; *R. v. Whitehouse* (1940), 55 B.C.R. 420; *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680; *R. v. Becerra and Cooper* (1975), 62 Cr. App. R. 212; *R. v. Simpson*, [1988] 1 S.C.R. 3.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 21, 212, 214(5) [rep. & sub. S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 16; am. S.C. 1985, c. 19, s. 41(2) (item 3)], 246.1, 246.2, 246.3.

Authors Cited

Foster, Sir Michael. *Foster's Crown Law*. London: 1809. Gillies, Peter. *Criminal Law*. Sydney: Law Book Co., 1985.

ble de la mort de la victime. La question à laquelle le jury devait répondre n'a jamais été de savoir si l'agression sexuelle a causé la mort, mais plutôt si l'appelant avait aidé ou encouragé Snowbird à commettre un crime qui était du genre qui aurait pu causer des lésions corporelles ou de savoir si des lésions corporelles auraient pu résulter comme conséquence de l'agression sexuelle. Le jury n'a pu apprécier ce point fondamentalement important en raison des directives erronées du juge du procès.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Distinction d'avec l'arrêt: *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618; **arrêts mentionnés:** *R. v. Stevens* (1984), 11 C.C.C. (3d) 518; *R. v. Whitehouse*, [1941] 1 D.L.R. 683; *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680.

Citée par le juge Wilson (dissidente)

R. c. Paré, [1987] 2 R.C.S. 618; *R. v. Kent, Sinclair and Gode* (1986), 40 Man. R. (2d) 160; *R. v. Hartford and Frigon* (1979), 51 C.C.C. (2d) 462; *R. v. Trudeau and Toulouse* (1985), 12 O.A.C. 189; *Murray v. The Queen*, [1962] Tas. S.R. 170; *Dunlop et Sylvester c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 881; *R. v. Cunningham* (1937), 68 C.C.C. 176; *R. v. Lloyd* (1890), 19 O.R. 352; *R. v. Black*, [1970] 4 C.C.C. 251; *R. v. Cosgrove* (1975), 29 C.C.C. (2d) 169; *R. v. Clarkson*, [1971] 3 All E.R. 344; *R. v. Salajko* (1970), 9 C.R.N.S. 145; *R. v. Yanover and Gerol* (1985), 20 C.C.C. (3d) 300; *Director of Public Prosecutions for Northern Ireland v. Maxwell*, [1978] 1 W.L.R. 1350; *R. v. Stevenson* (1984), 11 C.C.C. (3d) 443; *Lord Dacre's Case* (1543), 1 Hale H.P.C. 439; *Plummer's Case*, Kel J. 109, 84 E.R. 1103; *R. v. Rice* (1902), 5 C.C.C. 509, autorisation de pourvoi refusée (1902), 5 C.C.C. 529; *R. v. Govedarov, Popovic and Askov* (1974), 16 C.C.C. (2d) 238; *R. v. Viger* (1985), 36 C.C.C. (3d) 18; *Henderson v. The King*, [1948] R.C.S. 226; *R. v. Whitehouse* (1940), 55 B.C.R. 420; *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680; *R. v. Becerra and Cooper* (1975), 62 Cr. App. R. 212; *R. c. Simpson*, [1988] 1 R.C.S. 3.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 21, 212, 214(5) [abr. & rempl. S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 16; mod. S.C. 1985, ch. 19, art. 41(2) (item 3); mod. S.C. 1985, ch. 19, art. 185 (item 8)], 246.1, 246.2, 246.3.

Doctrine citée

Foster, Sir Michael. *Foster's Crown Law*. London: 1809. Gillies, Peter. *Criminal Law*. Sydney: Law Book Co., 1985.

Lanham, David. "Accomplices and Withdrawal" (1981), 97 *L.Q. Rev.* 575.

Manson, A. "Re-codifying Attempts, Parties, and Abandoned Intentions" (1989), 14 *Queen's L.J.* 85.

Rose, V. Gordon. *Parties To An Offence*. Toronto: Carswells, 1982.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*. Toronto: Carswells, 1982.

Wasik, Martin. "Abandoning Criminal Intent", [1980] *Crim. L. Rev.* 785.

Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1989), 61 Man. R. (2d) 167, 51 C.C.C. (3d) 444, setting aside an acquittal by Scollin J. sitting with jury. Appeal allowed, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting.

Timothy J. Preston, for the appellant.

Stuart J. Whitley, Q.C., for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier and Cory JJ. was delivered by

CORY J.—Two questions must be answered in order to dispose of this appeal. First, is it appropriate to apply the "single transaction" principle derived from the first degree murder classification appearing in s. 214(5) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 231(5)) to support an order for a retrial on a charge of manslaughter? Second, did the trial judge, by his instructions, withdraw from the jury the possibility of a verdict of manslaughter?

Factual Background

The appellant and his friend, Alexander Snowbird, came from God's Lake Narrows. On December 31, 1987 they were in Winnipeg. That evening they went to a number of bars and undoubtedly drank a good deal. In the early morning hours of New Year's Day, Snowbird took the appellant to the alley behind the residence of Elizabeth John-

Lanham, David. «Accomplices and Withdrawal» (1981), 97 *L.Q. Rev.* 575.

Manson, A. «Re-codifying Attempts, Parties, and Abandoned Intentions» (1989), 14 *Queen's L.J.* 85.

Rose, V. Gordon. *Parties To An Offence*. Toronto: Carswells, 1982.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*. Toronto: Carswells, 1982.

Wasik, Martin. «Abandoning Criminal Intent», [1980] *Crim. L. Rev.* 785.

Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1989), 61 Man. R. (2d) 167, 51 C.C.C. (3d) 444, qui a écarté l'acquittement prononcé par le juge Scollin siégeant avec jury. Pourvoi accueilli, les juges Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidentes.

Timothy J. Preston, pour l'appellant.

Stuart J. Whitley, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Gonthier et Cory rendu par

LE JUGE CORY—Il faut répondre à deux questions dans le présent pourvoi. Premièrement, y a-t-il lieu d'appliquer le principe de l'«affaire unique» qui découle de la catégorie de meurtres au premier degré décrite au par. 214(5) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, par. 231(5)) pour fonder une ordonnance de nouveau procès sur une accusation d'homicide involontaire coupable? Deuxièmement, le juge du procès, par ses directives, a-t-il enlevé au jury la possibilité de rendre un verdict d'homicide involontaire coupable?

Les faits

L'appellant et son ami, Alexander Snowbird, venaient de God's Lake Narrows. Le 31 décembre 1987, ils étaient à Winnipeg. Ce soir-là, ils sont allés dans plusieurs bars et, de toute évidence, ont beaucoup bu. Très tôt le matin du Jour de l'An, Snowbird a amené l'appellant dans une ruelle située à l'arrière de la résidence d'Elizabeth John-

son and suggested that they break into her house. The appellant readily agreed. They opened a window through which the appellant entered and opened the back door for Snowbird.

Elizabeth Johnson was a slight, frail woman of eighty-three years. She was asleep in her bed when the two men broke into her house. Snowbird saw her. He went into her bedroom, removed her clothes and sexually assaulted her. The appellant, on the instructions of Snowbird, remained outside. He sat in a chair in the hallway on the other side of the bedroom door for some time and otherwise occupied himself by stealing various things from the house. The appellant also placed a chair against the front door of the house while Snowbird was in the bedroom sexually assaulting Mrs. Johnson. In the long and detailed statement which the appellant gave to the police he explained that he had taken this action because he thought someone might come into the residence while he and Snowbird were there.

Subsequent to the sexual assault, Alexander Snowbird dragged Elizabeth Johnson from the bedroom into the hallway where, according to the appellant, she "just laid there". The appellant then entered the bedroom and there proceeded to steal various items. Upon leaving the bedroom, the appellant saw Snowbird begin to choke the victim. The appellant told Snowbird "not to do that because he (Snowbird) was going to kill her." According to the appellant, Snowbird then placed a plastic bag over the head of Elizabeth Johnson, dragged her into the bathroom, dumped her into the bathtub and turned on the hot water.

In all of his statements to the police the appellant denied ever touching Elizabeth Johnson or that he had participated in either the sexual assault, the choking or the suffocation of the victim.

The pathologist stated that in his opinion death was due to suffocation. There was no physical or forensic evidence which linked the appellant to either the sexual assault or the suffocation of the victim. The sole physical evidence against the

son et a proposé qu'ils entrent par effraction dans sa maison. L'appelant a accepté d'emblée. Ils ont ouvert une fenêtre, l'appelant est entré et est allé ouvrir à Snowbird la porte de derrière.

Elizabeth Johnson était une femme mince et frêle âgée de 83 ans. Elle dormait dans son lit lorsque les deux hommes sont entrés dans sa maison. Snowbird l'a vue et il est entré dans sa chambre à coucher, lui a enlevé ses vêtements et l'a agressée sexuellement. L'appelant, suivant les instructions de Snowbird, est resté à l'extérieur. Pendant que Snowbird agressait sexuellement M^{me} Johnson dans la chambre à coucher, l'appelant est resté assis un certain temps sur une chaise dans le corridor, de l'autre côté de la porte de la chambre, s'est occupé à voler divers objets dans la maison et a également placé une chaise contre la porte d'entrée de la maison. Dans la déclaration longue et détaillée que l'appelant a faite aux policiers, il a expliqué qu'il avait fait cela parce qu'il pensait que quelqu'un pourrait entrer dans la maison pendant que Snowbird et lui-même s'y trouvaient.

Après l'agression sexuelle, Alexander Snowbird a traîné Elizabeth Johnson hors de la chambre dans le corridor où, selon l'appelant, elle est «simplement restée étendue par terre». L'appelant est ensuite entré dans la chambre et y a volé divers objets. Lorsqu'il est sorti de la chambre, l'appelant a vu Snowbird qui commençait à étrangler la victime. L'appelant a dit à Snowbird [TRADUCTION] «de ne pas faire cela parce qu'il (Snowbird) allait la tuer». Selon l'appelant, Snowbird a ensuite placé un sac de plastique sur la tête d'Elizabeth Johnson, l'a traînée dans la salle de bains, l'a jetée dans la baignoire et a ouvert le robinet d'eau chaude.

Dans toutes les déclarations qu'il a faites aux policiers l'appelant a nié avoir jamais touché Elizabeth Johnson ou avoir participé à l'agression sexuelle, à la strangulation ou à l'étouffement de la victime.

Le pathologiste a dit que, à son avis, le décès était dû à un étouffement. Aucun élément de preuve matériel ou médico-légal ne reliait l'appelant à l'agression sexuelle ou à l'étouffement de la victime. Le seul élément de preuve matériel contre

appellant was a smear of blood on his underwear pants. He confirmed that they were the same ones he had been wearing at the time of the break and enter. However, he stated that a day or so after breaking into the Johnson house, he had been involved in a fight and beaten to such an extent that he was hospitalized two days before his arrest. As well, it must be noted that the blood smear could not be typed or even identified as human blood.

Both the appellant and Snowbird were charged with first degree murder. Snowbird was convicted of that crime while the appellant was acquitted.

Some Comments Upon the Factual Background

The facts of this case are depressing and sordid in the extreme. Their simple recitation incites feelings of anger and utter revulsion. That sense of disgust is bound to strengthen the very natural tendency to closely associate the appellant with the perpetrator of this particularly despicable crime. The almost inevitable result is to think that the appellant must be guilty because of his association with Snowbird. Nevertheless, principles of criminal law and fairness require that the guilt or innocence of Kirkness be determined solely on the evidence which implicates him in the killing of the victim. Both the despicable and the personable are entitled to be judged guilty or innocent solely on the basis of the evidence relating to the crime with which they are charged.

It must be remembered that the twelve members of the jury heard all the evidence and were for several days immersed in this tale of brutish violence and cruel insensitivity. Indeed, they were complimented by counsel for the Crown for the careful attention that they had given to all the witnesses throughout the trial. They listened to and obviously assessed the lengthy and detailed statement given by Kirkness to the police. At the conclusion of the trial, the jury, acting as judges of the facts, acquitted the appellant. They reached this decision as representatives of their community, no doubt carrying with them all of that community's natural sympathy for a frail, helpless,

l'appellant était une tache de sang sur ses sous-vêtements. Il a confirmé qu'il s'agissait des sous-vêtements qu'il portait au moment de l'introduction par effraction. Toutefois, il a dit qu'un jour ou deux après l'entrée dans la maison de M^{me} Johnson, il avait été impliqué dans une bagarre et avait reçu des coups au point d'avoir dû être hospitalisé deux jours avant son arrestation. De plus, il convient de souligner qu'il était impossible de déterminer le type de sang sur la tache ou même de déterminer s'il s'agissait de sang humain.

L'appellant et Snowbird ont été accusés de meurtre au premier degré. Snowbird a été déclaré coupable de ce crime et l'appellant a été acquitté.

Observations concernant les faits

Les faits de l'espèce sont extrêmement déprimants et sordides. Leur simple narration fait naître des sentiments de colère et de dégoût total. Ce sentiment de dégoût ne manquera pas de renforcer la tendance très naturelle d'associer étroitement l'appellant à l'auteur de ce crime particulièrement ignoble. Le résultat presque inévitable est de penser que l'appellant doit être coupable en raison de son association avec Snowbird. Néanmoins, les principes de droit pénal et d'équité exigent que la culpabilité ou l'innocence de Kirkness soit déterminée uniquement d'après la preuve qui l'implique dans le meurtre de la victime. La culpabilité ou l'innocence des personnes, qu'elles soient abjectes ou respectables, doit être déterminée sur le seul fondement de la preuve relative au crime dont elles sont accusées.

Il convient de rappeler que les douze membres du jury ont entendu toute la preuve et, pendant plusieurs jours, ont été plongés dans cette histoire de violence brutale et d'insensibilité cruelle. En fait, le substitut du procureur général les a félicités de l'attention qu'ils avaient accordée à tous les témoins pendant le procès. Ils ont écouté et, de toute évidence, évalué la déclaration longue et détaillée faite par Kirkness aux policiers. À la fin du procès, les jurés, en leur qualité de juges des faits, ont acquitté l'appellant. Ils sont parvenus à cette décision comme représentants de leur collectivité, portant sans doute en eux toute la sympathie naturelle de cette collectivité pour une dame âgée,

elderly lady brutally murdered in her own home. The verdict of the jury constitutes, in a very real way, the verdict of the community. Trial by jury in criminal cases is a process that functions exceedingly well and constitutes a fundamentally important aspect of our democratic society. It is not members of the judiciary, but rather the members of the jury, sitting as members of the community, who make the decision as to guilt or innocence which is so vitally important both to the individual accused and the community.

The jury in this case was obviously of the view that the evidence did not satisfy them beyond a reasonable doubt that the appellant was guilty of murder or manslaughter. It was uniquely and properly the function of the jury to reach such a conclusion based upon all the evidence which they heard. There is no suggestion that relevant evidence was improperly excluded or that irrelevant evidence was improperly admitted. It follows that only if there was a significant error made by the trial judge in the course of the charge should the jury's verdict of acquittal be set aside.

Decision of the Court of Appeal (1989), 61 Man. R. (2d) 167

The Court of Appeal set aside the verdict of acquittal and directed a new trial of the appellant on the charge of manslaughter. There were two bases for the decision expressed by Monnin C.J.M., writing for the Court.

First, he was of the opinion that the appellant was clearly a party to the sexual assault of the victim. He observed that the appellant was aware that a sexual assault was taking place in the bedroom. By placing the chair against the front door, he assisted Snowbird in carrying out that assault with impunity and he was therefore a party to the sexual assault. He further stated that in his opinion the sexual assault could not be isolated from the other incidents and that it ultimately "resulted in the suffocation death of the victim". He wrote at p. 171:

frêle et sans défense, brutalement assassinée dans sa propre maison. Le verdict du jury constitue, d'une manière très réelle, le verdict de la collectivité. Le procès par jury dans les affaires pénales est un processus qui fonctionne extrêmement bien et constitue un aspect fondamentalement important de notre société démocratique. Ce ne sont pas les juges mais plutôt les membres du jury, siégeant à titre de membres de la collectivité, qui tranchent la question de la culpabilité ou de l'innocence, une décision d'importance vitale pour l'accusé et la collectivité.

En l'espèce, les jurés étaient manifestement d'avis que la preuve ne les avait pas convaincus hors de tout doute raisonnable que l'appellant était coupable de meurtre ou d'homicide involontaire coupable. C'était spécifiquement le rôle du jury d'arriver à une telle conclusion en se fondant sur l'ensemble de la preuve présentée. On ne prétend pas qu'un élément de preuve pertinent a été exclu à tort ou qu'un élément de preuve non pertinent a été admis à tort. Il en résulte que le verdict d'acquittal du jury ne peut être annulé que si une erreur importante a été commise par le juge du procès dans son exposé.

Arrêt de la Cour d'appel (1989), 61 Man. R. (2d) 167

La Cour d'appel du Manitoba a annulé le verdict d'acquittal et a ordonné la tenue d'un nouveau procès de l'appellant sur l'accusation d'homicide involontaire coupable. Le juge en chef Monnin, qui a rédigé l'opinion de la Cour, a fondé ses motifs sur deux éléments.

Premièrement, il était d'avis que l'appellant était clairement un participant à l'agression sexuelle de la victime. Il a fait observer que l'appellant savait qu'une agression sexuelle avait lieu dans la chambre à coucher. Parce qu'il a placé la chaise contre la porte d'entrée, il a aidé Snowbird à commettre impunément cette agression et, par conséquent, il a participé à l'agression sexuelle. Le juge Monnin a en outre dit que, à son avis, l'agression sexuelle ne pouvait être isolée des autres incidents et que finalement [TRADUCTION] «elle a entraîné le décès de la victime par étouffement». Voici ce qu'il dit, à la p. 171:

The totality of the events during the whole episode leads inevitably to the conclusion that what started out as a break and enter ended in the killing of this lady. It is an entire sequence which cannot be broken down into components or into a half-dozen separate and distinct incidents or separate and different crimes.

He stated that he was applying the reasoning of this Court set out in *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618.

Secondly, the Court of Appeal concluded that the trial judge had removed from the jury the possibility of the verdict of manslaughter. Monnin C.J.M. expressed it in this way at p. 172:

In my view Scollin, J., erred in stating that if Kirkness "simply wandered around the place, stealing things and picking things out of fridges, or whatever he says he did, if you accept that is the story, then Kirkness is not responsible for any criminal act that is before you". Thus Scollin, J., withdrew from the jury the possibility of a verdict of manslaughter yet, under the circumstances of this case, manslaughter ought to have been seriously considered by the jury.

However, Monnin C.J.M. also noted that manslaughter was the only offence open to the jury because of the intoxicated state of the appellant. Therefore, he set aside the verdict of acquittal and ordered a new trial solely on the charge of manslaughter.

Can the "Single Transaction" Principle be Applied to a Charge of Manslaughter?

In my view the principle expressed in *R. v. Paré*, *supra*, is simply not applicable to this case. In *Paré*, this Court dealt with a killing which had taken place shortly after a sexual assault had been completed. Wilson J., writing for the Court, had to determine whether s. 214(5) of the *Criminal Code* applied and particularly what effect the words "while committing" had in such a situation. That section reads as follows:

[TRADUCTION] L'ensemble des événements au cours de toute cette affaire entraîne inévitablement la conclusion que ce qui a débuté par une introduction par effraction s'est terminé par le meurtre de cette dame. Il s'agit d'une séquence complète qui ne peut être fragmentée en composantes ou en une demi-douzaine d'incidents distincts et séparés ou de crimes séparés et différents.

Il a déclaré qu'il appliquait le raisonnement suivi par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618.

Deuxièmement, la Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait enlevé au jury la possibilité de rendre un verdict d'homicide involontaire coupable. Le juge en chef Monnin s'est exprimé ainsi, à la p. 172:

[TRADUCTION] À mon avis, le juge Scollin a commis une erreur lorsqu'il a dit que si Kirkness «s'est simplement promené dans la maison, en volant des objets et en se servant dans le réfrigérateur ou en faisant ce qu'il dit avoir fait; si vous acceptez que c'est ce qui s'est produit, alors Kirkness n'est responsable d'aucun acte criminel qui vous est présenté». Par conséquent, le juge Scollin a enlevé au jury la possibilité de rendre un verdict d'homicide involontaire coupable alors que, dans les circonstances de cette affaire, le jury aurait dû sérieusement envisager la possibilité de rendre un verdict d'homicide involontaire coupable.

Toutefois, le juge en chef Monnin a également fait remarquer que l'homicide involontaire coupable était la seule infraction à laquelle pouvait conclure le jury en raison de l'état d'intoxication de l'appellant. Par conséquent, il a annulé le verdict d'acquiescement et a ordonné un nouveau procès uniquement sur l'accusation d'homicide involontaire coupable.

Le principe de l'«affaire unique» peut-il s'appliquer à une accusation d'homicide involontaire coupable?

À mon avis, le principe exprimé dans l'arrêt *R. c. Paré*, précité, ne s'applique tout simplement pas en l'espèce. Dans l'arrêt *Paré*, notre Cour traitait d'un meurtre qui s'était produit peu après une agression sexuelle. Le juge Wilson, au nom de la Cour, devait déterminer si le par. 214(5) du *Code criminel* s'appliquait et particulièrement quel était l'effet de l'expression «en commettant» dans une telle situation. Voici le texte de cet article:

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

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

- (a) section 76.1 (hijacking an aircraft);
- (b) section 246.1 (sexual assault);
- (c) section 246.2 (sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm);
- (d) section 246.3 (aggravated sexual assault);
- (e) section 247 (kidnapping and forcible confinement); or
- (f) section 247.1 (hostage taking).

She concluded that the words "while committing" did not require an exact coincidence of the murder with the underlying offence, but did require a close temporal and causative link between the two. She specifically adopted the reasoning of Martin J.A. in *R. v. Stevens* (1984), 11 C.C.C. (3d) 518 (Ont. C.A.), where he stated at p. 541:

Thus, it appears clear that where death is caused after the underlying offence is complete and the act causing death is committed for the purpose of facilitating the flight of the offender, the murder is not under ss. 213 and 214(5)(b) first degree murder.

I do not wish, however, to be taken as holding that where the act causing death and the acts constituting the rape, attempted rape, indecent assault or an attempt to commit indecent assault, as the case may be, all form part of one continuous sequence of events forming a single transaction, that death would not be caused during the commission of the offence, even though the underlying offence in s. 213 in a sense could be said to be then complete.

Wilson J. went on to observe that the effect of the reasoning expressed in *Stevens* is to eliminate the need to draw artificial lines separating the commission and the aftermath of an indecent assault. As well, it would eliminate the arbitrariness inherent in an exactly simultaneous approach to the interpretation of the words "while committing".

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

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

- a) article 76.1 (détournement d'aéronef);
- b) article 246.1 (agression sexuelle);
- c) article 246.2 (agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infraction de lésions corporelles);
- d) article 246.3 (agression sexuelle grave);
- e) article 247 (enlèvement et séquestration); ou
- f) article 247.1 (prise d'otage).

Elle a conclu que l'expression «en commettant» n'exigeait pas une simultanéité parfaite du meurtre et de l'infraction sous-jacente, mais exigeait l'existence d'un étroit lien temporel et causal entre les deux. Elle a adopté les motifs du juge Martin dans l'arrêt *R. v. Stevens* (1984), 11 C.C.C. (3d) 518 (C.A. Ont.), où il disait à la p. 541:

[TRADUCTION] Il paraît donc évident que, dans un cas où la mort est causée après la perpétration de l'infraction sous-jacente et où l'acte qui cause la mort est accompli pour faciliter la fuite du délinquant, l'art. 213 et l'al. 214(5)b) ne s'appliquent pas de manière à en faire un meurtre au premier degré.

Je ne veux toutefois pas qu'on croie que je conclus que, lorsque l'acte causant la mort et les actes constituant le viol, la tentative de viol, l'attentat à la pudeur ou la tentative d'attentat à la pudeur, selon le cas, font tous partie d'une suite ininterrompue d'événements qui constituent une seule affaire, il ne s'agit pas à ce moment-là d'une mort causée pendant la perpétration de l'infraction, même si on peut dire que l'infraction sous-jacente visée par l'art. 213 était alors en quelque sorte complète.

Le juge Wilson a ensuite fait remarquer que le raisonnement adopté dans l'arrêt *Stevens* avait pour effet d'éliminer la nécessité d'établir des distinctions artificielles entre la perpétration et les suites d'un attentat à la pudeur et, en outre, d'éliminer tout l'arbitraire inhérent à la thèse de la simultanéité parfaite quant à l'interprétation de l'expression «en commettant».

She explained her interpretation of the words "while committing" as comprising a single ongoing transaction based upon the continuing domination of the victim which inevitably occurs in cases of rape, attempted rape, indecent assault or an attempt to commit an indecent assault. She noted that the ensuing murder represented the ultimate exploitation of the position of power created by the underlying crime and thus made the entire course of conduct a "single transaction". She concluded that it was due to this continuing exploitation of power that, for policy reasons, Parliament had decided to classify murder which occurs "while committing" these acts as first degree murder.

I believe that the single transaction analysis should be limited to those cases of murder where by the provisions of s. 214(5) murder is classified as being in either the first or second degree. With respect, the Court of Appeal of Manitoba erred in using such an analysis for the purpose of directing a new trial on a charge of manslaughter. There is no classification of manslaughter contained in the *Criminal Code*. Whenever the death of one human being results from the unlawful act of another, it can constitute the crime of manslaughter. The charge can be applicable to a very broad range of circumstances, in almost all of which the consideration of the single transaction would not be applicable. In contrast, s. 214(5) represents a policy decision to classify murder in some specified situations as being of the first degree.

The decision in *Paré* reflects and clarifies that policy decision by concluding that where death ensues as part of a single ongoing transaction in the course of committing crimes involving domination, it will be considered to be first degree murder. The single transaction analysis utilized in *Paré* requires that the Crown first establish that the accused committed the underlying offence and that he or she also committed the murder. Similarly for party offences, the Crown must first establish that the accused was a party to both offences

Elle a expliqué que, suivant son interprétation, l'expression «en commettant» comprend une action unique dont la continuité est fondée sur la domination continue de la victime, domination qui se produit inévitablement dans les cas de viol, de tentative de viol, d'attentat à la pudeur ou de tentative d'attentat à la pudeur. Elle a fait remarquer que le meurtre qui a suivi représentait l'exploitation ultime de la position de force créée par l'infraction sous-jacente et faisait de l'ensemble des actes qui constituaient la conduite en question «une seule affaire». Elle a conclu que c'était en raison de cette exploitation continue de la force que, pour des raisons de principe, le législateur avait décidé d'assimiler le meurtre perpétré «en commettant» ces actes à un meurtre au premier degré.

J'estime que l'analyse fondée sur l'affaire unique devrait être limitée aux cas où, aux termes du par. 214(5), le meurtre est classé dans la catégorie des meurtres au premier ou au deuxième degré. Avec égard, la Cour d'appel du Manitoba a commis une erreur en utilisant une telle analyse aux fins d'ordonner un nouveau procès sur une accusation d'homicide involontaire coupable. Le *Code criminel* n'établit pas de catégories d'homicide involontaire coupable. Tout décès d'un être humain résultant de l'acte illégal d'autrui peut constituer un crime d'homicide involontaire coupable. L'accusation peut s'appliquer à une vaste gamme de circonstances dont la plupart ne donneraient pas lieu à l'examen du principe de l'affaire unique. Par opposition, le par. 214(5) représente la décision de principe de qualifier de meurtre au premier degré le meurtre commis dans certaines situations précises.

L'arrêt *Paré* traduit et clarifie cette décision de principe en concluant que, lorsque le décès survient dans le cadre d'une affaire unique continue, au cours de la perpétration de crimes supposant la domination, il sera considéré comme un meurtre au premier degré. L'analyse fondée sur l'affaire unique, utilisée dans l'arrêt *Paré*, exige que la poursuite démontre d'abord que l'accusé a commis l'infraction sous-jacente et qu'il a également commis le meurtre. De même en ce qui a trait aux infractions perpétrées à titre de participant, la

before s. 214(5) could be applied. It is only when this has been accomplished that the court may then consider whether the two offences were sufficiently closely connected in time to allow the murder to be classified as first degree. This approach cannot be utilized in the context of manslaughter because there is no classification of that offence contained in the *Code*. It follows that the *Paré* analysis should be restricted to the classification of murder.

Was it Possible for the Transaction Approach to be Taken in This Case?

In the case at bar, the trial judge did not charge the jury with regard to s. 214(5). Rather, he instructed them that they had two options. First, they could find that the death had occurred as part or as a result of the sexual assault. He stated that if this were their conclusion, it was open to them to find that both Snowbird and the appellant were guilty of murder or at least manslaughter. Alternatively, he told the jury that they could find that the death had occurred due to suffocation at the hands of Snowbird. However, in either case the murder could only be first degree if the jury was satisfied that there had been some degree of planning and deliberation.

It was on the basis of these instructions that Snowbird was convicted of first degree murder and the appellant was acquitted. The jury must thus have been satisfied beyond a reasonable doubt that the murder was planned and deliberate, since that was the only route left open to them upon which to find first degree murder. More importantly, the jury must have concluded that the death resulted from the subsequent act of suffocation, and not from the sexual assault. If they had concluded that death resulted from the sexual assault and that Kirkness was a party to it, they would have been compelled to find him guilty of murder or at least manslaughter in light of the directions given to them on this issue. Based on the verdict of the jury, Kirkness cannot therefore be deemed to be

poursuite doit d'abord établir que l'accusé était partie aux deux infractions avant que le par. 214(5) puisse s'appliquer. Ce n'est qu'après cela que le tribunal peut examiner la question de savoir si les deux infractions étaient suffisamment rapprochées dans le temps pour permettre que le meurtre soit qualifié de meurtre au premier degré. Cette méthode ne peut être utilisée dans le contexte de l'homicide involontaire coupable parce que le *Code* ne crée pas de catégories à l'égard de cette infraction. Il en découle que l'analyse utilisée dans l'arrêt *Paré* devrait se limiter à établir la catégorie de meurtre.

Pouvait-on en l'espèce adopter la méthode fondée sur l'affaire unique?

En l'espèce, le juge du procès n'a pas donné de directives aux jurés sur le par. 214(5). Au lieu de cela, il a indiqué qu'ils avaient deux choix. Premièrement, ils pouvaient conclure que le décès s'était produit dans le cadre de l'agression sexuelle ou par suite de celle-ci. Il leur a dit que s'ils parvenaient à cette conclusion, ils pouvaient conclure que Snowbird et l'appelant étaient coupables de meurtre ou, au moins, d'homicide involontaire coupable. Subsidièrement, il a dit aux jurés qu'ils pouvaient conclure que le décès résultait de l'étouffement causé par Snowbird. Toutefois, dans l'un ou l'autre cas le meurtre ne pouvait être un meurtre au premier degré que si le jury était convaincu qu'il y avait eu un certain degré de préméditation.

C'est sur le fondement de ces directives que Snowbird a été déclaré coupable de meurtre au premier degré et que l'appelant a été acquitté. Le jury devait donc être convaincu hors de tout doute raisonnable que le meurtre avait été prémédité étant donné que c'était le seul moyen pour eux de rendre un verdict de meurtre au premier degré. Plus important encore, le jury doit avoir conclu que le décès résultait de l'acte subséquent d'étouffement et non de l'agression sexuelle. Si le jury avait conclu que le décès avait résulté de l'agression sexuelle et que Kirkness avait participé à celle-ci, les jurés auraient été tenus de le déclarer coupable de meurtre ou au moins d'homicide involontaire coupable, compte tenu des directives qui leur avaient été données sur cette question. Sur le

part of a "single transaction" which resulted in the death of Mrs. Johnson.

Kirkness could only be implicated, pursuant to the provisions of s. 21 of the *Code*, as a party to the sexual assault. He was not the prime mover in the crime. He neither sexually assaulted, strangled nor suffocated the victim. In the case of an accused who aids or abets in the killing of another, the requisite intent that the aider or abettor must have in order to warrant a conviction for murder must be the same as that required of the person who actually does the killing. That is to say, the person aiding or abetting the crime must intend that death ensue or intend that he or the perpetrator cause bodily harm of a kind likely to result in death and be reckless whether death ensues or not. If the intent of the aiding party is insufficient to support a conviction for murder, then that party might still be convicted of manslaughter if the unlawful act which was aided or abetted is one he or she knows is likely to cause some harm short of death. Neither intent was demonstrated by the appellant in the present case. I would observe that the constitutional issue as to whether there is a minimal mind set or intention necessary for the crime of manslaughter was not raised in this appeal.

Nor can it be said that the appellant, who had formed an intent in common with Snowbird to carry out the unlawful purpose of breaking and entering, knew before entering that Snowbird would either commit a sexual assault or kill the victim. It will be recalled that in this case the only evidence against the appellant was that contained in his statement that he placed a chair against the front door knowing that a sexual assault was taking place in the bedroom. There is no indication that he knew that death or bodily harm short of death might result from the sexual assault. He did not enter into the bedroom. Indeed, it appears that the bedroom door was closed for some period of time so that he could not be aware of everything

fondement du verdict du jury, Kirkness ne peut donc pas être réputé avoir participé à une «affaire unique» qui a entraîné le décès de M^{me} Johnson.

a Kirkness ne pouvait être impliqué, aux termes des dispositions de l'art. 21 du *Code*, qu'à titre de participant à l'agression sexuelle. Il n'était pas l'auteur principal du crime. Il n'a ni agressé sexuellement ni étranglé ni étouffé la victime.

b Dans le cas d'un accusé qui aide ou encourage une personne à en tuer une autre, l'intention requise que celui-ci doit avoir pour être déclaré coupable de meurtre doit être la même que celle qui est exigée de la personne qui commet réellement le meurtre.

c Cela veut dire que celui qui aide ou qui encourage une personne à commettre le crime doit avoir l'intention que la mort s'ensuive ou avoir l'intention que l'auteur du crime ou lui-même cause des lésions corporelles de nature à causer la mort et qu'il lui soit indifférent que la mort s'ensuive ou non. Si l'intention de la partie qui aide est insuffisante pour justifier une déclaration de culpabilité de meurtre, alors cette partie peut toujours être déclarée coupable d'homicide involontaire si elle savait que l'acte illégal auquel elle a fourni de l'aide ou un encouragement était de nature à causer des blessures, mais non la mort.

e Aucune intention de ce genre n'a été démontrée en l'espèce en ce qui concerne l'appelant. Je souligne que la question constitutionnelle concernant le degré minimal de conscience ou d'intention nécessaire pour le crime d'homicide involontaire coupable n'est pas soulevée en l'espèce.

g

On ne peut dire non plus que l'appelant, qui a formé l'intention commune avec Snowbird de commettre l'acte illégal d'introduction par effraction, savait avant d'entrer que Snowbird commettrait une agression sexuelle ou tuerait la victime. Il convient de rappeler qu'en l'espèce, le seul élément de preuve contre l'appelant était sa déclaration selon laquelle, sachant qu'une agression sexuelle avait lieu dans la chambre à coucher, il avait placé une chaise contre la porte d'entrée. Rien n'indique qu'il savait que la mort ou des blessures risquant d'entraîner la mort pourraient résulter de l'agression sexuelle. Il n'est pas entré dans la chambre.

j En fait, il appert que la porte de la chambre avait été fermée pendant un certain temps et qu'il ne

that was taking place. Further, it is apparent from the verdict of the jury, which was obviously based upon the expert's testimony, that the bodily harm causing death resulted from suffocation. The strangulation and suffocation of the victim occurred after the sexual assault.

There is no evidence that the appellant was a party to the suffocation of Elizabeth Johnson. Rather, he told Snowbird not to strangle the victim as he was going to kill her. His statement makes it clear that he was not aiding or abetting Snowbird in the strangulation or suffocation of Mrs. Johnson. These words of the appellant constituted "timely notice" to Snowbird that he was, from that point on, acting on his own and that the appellant was not a party to the strangulation and suffocation. See *R. v. Whitehouse*, [1941] 1 D.L.R. 683 (B.C.C.A.), quoted with approval in *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680. Thus in those misdeeds Snowbird was acting on his own. It is therefore apparent that even if the appellant could be considered a party to the sexual assault, by the time of the attempted strangulation he had clearly resiled from any agreement or arrangement with Snowbird and was not a party to the suffocation of the victim.

The single transaction principle is simply not applicable on the facts of this case since there is no evidence linking the appellant to the suffocation. The evidence adduced provided a sound and reasonable basis for the jury's decision to acquit the appellant and there was no reason in law for the Court of Appeal to disturb that decision on that ground.

Did the Trial Judge Withdraw From the Jury the Possibility of a Verdict of Manslaughter?

The jury was, I believe, adequately instructed with regard to the possibility of convicting the appellant of manslaughter, although the charge in this case did not follow the usual pattern. The trial judge expressed the view that he did not wish to utilize what he referred to as the "boiler plate" in his instructions to the jury. Effective as that approach might be, it should be implemented carefully and with discretion. For example, in this case

pouvait donc pas être au courant de tout ce qui s'y produisait. En outre, il ressort du verdict du jury, qui était de toute évidence fondé sur le témoignage de l'expert, que les blessures qui ont entraîné le décès résultaient de l'étouffement. La strangulation et l'étouffement de la victime se sont produits après l'agression sexuelle.

Aucun élément de preuve n'indique que l'appellant a participé à l'étouffement d'Elizabeth Johnson. Au contraire, il a dit à Snowbird de ne pas étrangler la victime car il allait la tuer. Sa déclaration indique clairement qu'il n'aidait ni n'encourageait Snowbird à étrangler ou étouffer M^{me} Johnson. Ces mots de l'appellant constituaient un «avis opportun» à Snowbird que, à partir de ce point, il agissait seul et que l'appellant n'était pas partie à la strangulation et à l'étouffement. Voir l'arrêt *R. v. Whitehouse*, [1941] 1 D.L.R. 683 (C.A.C.-B.), cité et approuvé dans l'arrêt *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680. Par conséquent, Snowbird agissait seul dans la perpétration de ces méfaits. Il en découle donc que, même si l'appellant pouvait être considéré comme partie à l'agression sexuelle, il s'était clairement retiré de toute entente ou de tout arrangement avec Snowbird, au moment de la tentative de strangulation, et qu'il n'était pas partie à l'étouffement de la victime.

Le principe de l'affaire unique ne s'applique tout simplement pas aux faits de l'espèce étant donné qu'aucun élément de preuve ne relie l'appellant à l'étouffement. Les éléments de preuve présentés fournissaient un fondement solide et raisonnable à la décision du jury d'acquitter l'appellant et aucun motif juridique ne permettait à la Cour d'appel de modifier cette décision sur ce fondement.

Le juge du procès a-t-il enlevé au jury la possibilité de rendre un verdict d'homicide involontaire coupable?

À mon avis, le jury a reçu des directives appropriées en ce qui concerne la possibilité de déclarer l'appellant coupable d'homicide involontaire coupable, bien que l'exposé en l'espèce ne respecte pas le modèle habituel. Le juge du procès a exprimé l'opinion qu'il ne voulait pas utiliser dans ses directives au jury ce qu'il a décrit comme l'exposé «standard». Si efficace que puisse être cette méthode, elle doit être appliquée avec soin et

only at the conclusion of his charge and after being reminded by counsel did the trial judge instruct the jury as to the fundamental principle of the presumption of innocence. While that omission could only have benefitted the Crown, it serves to demonstrate that at least some carefully prepared check must be followed to ensure that all the essential principles are clearly set forth and that all the pertinent issues are addressed in a charge to the jury.

To determine the adequacy of the charge on the issue of manslaughter, it is necessary to once more consider the evidence. Again the appellant could only be found guilty of either murder or manslaughter if he was found to be a party to the sexual assault. The sole evidence which implicated him in the sexual assault was contained in the portion of his statement in which he said that he had placed a chair against the front door of the house when he knew Snowbird was assaulting the victim in her bedroom. I would observe that this action could have been taken as much to prevent the apprehension of the two accused while they stole articles from the house as to facilitate the sexual assault by Snowbird. Nonetheless, it was evidence upon which the jury could have found the appellant to be a party to murder or manslaughter as a result of being a party to the sexual assault if that assault had resulted in the death of the victim.

However, there was no evidence that the appellant knew or had any reason to believe that death was likely to result from the sexual assault. Nor did the death result from the sexual assault. Rather, as stated above, the jury must have found that the death occurred due to strangulation. There was no evidence that the appellant was a party to Snowbird's strangulation and suffocation of Mrs. Johnson. Once again, the only evidence was that of his statement in which he denied any participation in those acts. The fact that he told Snowbird to stop when he saw him strangling the victim indicates that if the appellant ever had been a party to any offences, from that point on he had

circuspection. Par exemple, en l'espèce, le juge du procès n'a donné des directives au jury sur le principe fondamental de la présomption d'innocence qu'à la conclusion de son exposé et après que l'avocat le lui eut rappelé. Bien que cette omission n'ait pu profiter qu'à la poursuite, elle sert à démontrer que, au moins, certains points de repère soigneusement préparés doivent être suivis pour assurer que tous les principes essentiels sont clairement exposés et que toutes les questions pertinentes sont examinées dans l'exposé au jury.

Pour décider si l'exposé sur la question de l'homicide involontaire coupable était adéquat, il faut examiner de nouveau la preuve. Là encore, l'appellant ne pouvait être déclaré coupable de meurtre ou d'homicide involontaire coupable que si l'on concluait qu'il était partie à l'agression sexuelle. Le seul élément de preuve qui l'impliquait dans l'agression sexuelle était contenu dans la partie de sa déclaration où il disait avoir placé une chaise contre la porte d'entrée de la maison alors qu'il savait que Snowbird agressait la victime dans sa chambre à coucher. Je tiens à souligner que cet acte aurait pu être considéré tout autant comme destiné à empêcher qu'on surprenne les deux accusés à voler des objets dans la maison que comme destiné à faciliter l'agression sexuelle commise par Snowbird. Néanmoins, il s'agissait d'un élément de preuve qui aurait pu permettre au jury de conclure que l'appellant avait participé au meurtre ou à l'homicide involontaire coupable par suite de sa participation à l'agression sexuelle si cette agression avait entraîné le décès de la victime.

Aucune preuve n'indique toutefois que l'appellant savait ou avait des raisons de croire que l'agression sexuelle était de nature à entraîner la mort. De plus, la mort n'a pas résulté de l'agression sexuelle. Comme je l'ai mentionné précédemment, le jury doit plutôt avoir conclu que le décès avait résulté de la strangulation. Aucune preuve n'indique que l'appellant a participé à la strangulation ou à l'étouffement de M^{me} Johnson par Snowbird. Encore une fois, le seul élément de preuve était sa déclaration dans laquelle il a nié avoir participé à ces actes. Le fait qu'il ait dit à Snowbird d'arrêter quand il l'a vu en train d'étrangler la victime indique que, si l'appellant avait jamais été

removed himself from any joint enterprise with Snowbird that involved the killing of Mrs. Johnson.

As for the charge to the jury, the evidence presented at the trial made it important that the trial judge give instructions to the jury as to the law pertaining to parties to offences. He also had to instruct the jury on the evidence implicating the appellant, which was his statement, and relate it to the applicable law. In my view the charge was adequate in these aspects. It is significant that neither at trial nor on appeal did the Crown take objection to the directions given as to the law pertaining to parties or the references to the evidence that was applicable to that issue. The trial judge stated:

Now, reference has been made to a section of the Code by Mr. Preston which I will deal with in a few moments, dealing with common intention and dealing with aiding and so on. You may but you are not obliged to accept Kirkness's version given to the police. You may consider that it has got a reasonable ring of truth to it; it was given voluntarily, without a lawyer being there; it fits a lot of the facts that are known: but you are not bound to accept it.

The offence here is the sexual assault and the murder. The one that is charged here is the murder. If each of them knew or ought to have known that the commission of the offence of murder would be a probable consequence of carrying out the common purpose, each of them is a full party to the offence.

I am not suggesting that this is a proper case for that. It is up to you to determine what the state of mind was when the assistance was given. Was the assistance by way of blocking the front door? Was that given, for example, in order to enable the sexual act to continue? If it was, then it only makes Kirkness a party if the result or the likely result was known or was within his contemplation, and that is that the sexual assault would result or was likely to result in death. If that was not the case, then the aiding, by placing that chair—if that is what you find it was—is related to the sexual assault and not to the murder. [Emphasis in original.]

The trial judge thus properly instructed the jury as to the law pertaining to parties and the provisions of s. 21.

partie à des infractions, il s'était retiré à ce moment-là de tout acte conjoint avec Snowbird qui comportait le meurtre de M^{me} Johnson.

Pour ce qui est de l'exposé au jury, il était important, vu la preuve présentée au procès que le juge du procès donne des directives sur le droit relatif aux participants aux infractions. Il devait également donner des directives au jury sur la preuve impliquant l'appelant, c'est-à-dire sa déclaration, et la rattacher au droit applicable. À mon avis, l'exposé était adéquat sur ces points. Il est révélateur que, ni au procès ni en appel, la poursuite ne s'est opposée aux directives sur le droit relatif aux participants aux infractions ou sur les renvois à la preuve pertinente à cette question. Le juge du procès a dit:

[TRANSDUCTION] Maintenant, M. Preston a mentionné un article du Code dont je traiterai dans quelques instants, qui porte sur l'intention commune et sur le fait d'aider etc. Vous pouvez accepter la version que Kirkness a donnée aux policiers mais vous n'êtes pas tenus de le faire. Vous pouvez considérer qu'il s'en dégage une impression raisonnable de vérité; elle a été donnée volontairement, sans la présence d'un avocat; elle s'inscrit très bien dans les faits qui sont connus: mais vous n'êtes pas tenus de l'accepter.

L'infraction en l'espèce est l'agression sexuelle et le meurtre. L'accusation vise le meurtre. Si chacun d'eux savait ou aurait dû savoir que la perpétration de l'infraction de meurtre serait une conséquence probable de la réalisation de la fin commune, chacun d'eux serait participant à part entière à l'infraction.

Je ne dis pas qu'il s'agit ici d'un tel cas. C'est à vous de déterminer quel était l'état d'esprit au moment où l'aide a été fournie. Le fait de bloquer la porte d'entrée constituait-il de l'aide? Par exemple, cette aide a-t-elle été apportée pour permettre de continuer l'acte sexuel? Si c'était le cas, alors Kirkness n'est une partie que si le résultat ou le résultat probable était connu ou s'il pouvait le prévoir, le résultat étant que l'agression sexuelle entraînerait ou était de nature à entraîner le décès. Si ce n'était pas le cas, alors l'aide, par le fait de placer cette chaise—si vous décidez que c'est ce dont il s'agissait—se rapporte à l'agression sexuelle et non au meurtre. [Souligné dans l'original]

Par conséquent, le juge du procès a donné au jury des directives appropriées en ce qui concerne le droit relatif aux participants aux infractions et les dispositions de l'art. 21.

Turning specifically to the instructions on manslaughter, the trial judge read to the jury the provisions of s. 212(a)(i) and (ii). He stated:

For convenience, I will call that second element life-threatening harm.

This requirement, set out in Section 212, constitutes the intent necessary to make culpable homicide murder. Unless the person who does the fatal act has that intent, that is, either means to cause the death or means to cause harm of that sort I have described to you and does not care whether death ensues or not, unless the person has that intent in doing the act, the act may be unlawful, death may ensue but the act will not be murder, it will be manslaughter. [Emphasis added.]

This was the first reference to manslaughter and no fault could be found with it. The trial judge then went on to define murder as first degree "when it is planned and deliberate", and gave proper definitions of the words "planned" and "deliberate".

Later he referred to manslaughter again in these words:

In the case of each accused, you may, of course, acquit the accused entirely and the fact that there was a break and enter and sexual assault, if one of the accused did not participate in it, then you would acquit him. You might find, if you found he participated in the unlawful act but without the necessary intent and without the planning and deliberation, and you then convict him of manslaughter. If an accused, one of the accused—applied to each separately—intentionally killed the woman, then second degree murder. If, in addition to intentionally killing the woman, he had planned and deliberated the method, the mode in carrying out the killing, then you convict of first degree murder. You have got these separate, alternative verdicts in respect of each of the two accused. [Emphasis added.]

In response to a question from the jury, the trial judge once again gave proper directions in reasonable detail with regard to s. 21. He stated:

Si l'on examine spécifiquement les directives sur l'homicide involontaire coupable, le juge du procès a lu au jury les dispositions des sous-al. 212a)(i) et (ii). Il a dit:

^a [TRADUCTION] Par souci de commodité, j'appellerai ce deuxième élément les blessures qui mettent la vie en danger.

^b Cette exigence, énoncée à l'article 212, constitue l'intention nécessaire pour faire de l'homicide coupable un meurtre. À moins que l'auteur de l'acte fatal n'ait cette intention, c'est-à-dire, qu'il veuille causer la mort ou qu'il veuille causer des blessures du genre de celles que je vous ai décrites et qu'il lui soit indifférent que la mort s'ensuive ou non, à moins que la personne n'ait cette intention en accomplissant l'acte, l'acte peut être illégal, la mort peut s'ensuivre mais l'acte ne sera pas un meurtre, il s'agira d'un homicide involontaire coupable. [Je souligne.]

^d Il s'agissait de la première mention de l'homicide involontaire coupable et le juge n'a commis aucune faute à cet égard. Le juge du procès a ensuite défini le meurtre au premier degré comme le «meurtre commis avec préméditation et de propos délibéré» et a convenablement défini «avec préméditation» et «de propos délibéré».

^e Par la suite, il a de nouveau mentionné l'homicide involontaire coupable de la manière suivante:

^f [TRADUCTION] Dans le cas de chaque accusé, vous pouvez bien sûr acquitter entièrement l'accusé et le fait qu'il y a eu une introduction par effraction et une agression sexuelle, si l'un des accusés n'y a pas participé, alors vous l'acquitterez. Vous pourriez conclure qu'il a participé à l'acte illégal mais sans avoir eu l'intention nécessaire ni la préméditation et, dans ce cas, vous le déclarerez coupable d'homicide involontaire coupable. Si un accusé, l'un des accusés—en l'appliquant à chacun d'eux de manière distincte—a intentionnellement tué la femme, alors il s'agit d'un meurtre au deuxième degré. Si, en plus du meurtre intentionnel de la femme, il a planifié le moyen utilisé pour commettre le meurtre et y a réfléchi, alors vous devez le déclarer coupable de meurtre au premier degré. Vous avez ce choix de verdicts distincts à l'égard de chacun des deux accusés. [Je souligne.]

^j En réponse à une question du jury, le juge du procès a de nouveau donné des directives appropriées et raisonnablement détaillées sur l'art. 21. Il a dit:

Now, you will have to determine what the cause of death was here. Did that bodily harm addressed to the old lady during the sexual assault kill her? Did she die because of that bodily harm? Did she die then, because of it, or did she die because of a bag over her head, by way of suffocation, or did she die of fright? You will have to determine the cause of death, but the question you then have to face is, all right, that makes him a party to sexual assault, if he did that for that purpose. Now, having become a party to it by doing that, look at this other section. Did that become a common intention with Snowbird? By joining in and doing that for that purpose, was an implied or implicit common intention then formed by these two to help each other in the carrying out of the sexual assault? Was that the net result of it? Was that the result in reality? You will have to ask yourself that. If it was, then the consequence is:

"Where two or more persons form an intention in common . . ."

and it needn't be by written agreement, it can be by conduct,

"... to carry out an unlawful purpose . . ."

and here the unlawful purpose, in that situation, is the sexual assault by Snowbird. If they form this intention in common to carry out this unlawful purpose,

"... and to assist each other . . ."

is that also implicit and you draw that conclusion,

"... therein and any one of them, in carrying out the common purpose . . ."

of sexual assault,

"... commits an offence . . ."

Now, this would be if death resulted from the sexual assault.

"... commits an offence . . ."

or whatever it would be, murder, first degree; murder, second degree; or manslaughter. If the death occurs right and directly because of that sexual assault, ought Kirkness to have known, in those circumstances, that that killing, whether it be murder one, murder two or manslaughter, would be a probable consequence of the sexual assault? If he knew that and became a party to the offence by blocking the door, then he becomes a party to the offence that is, in fact, committed, if you conclude it is committed.

[TRADUCTION] Alors vous devrez déterminer qu'elle était en l'espèce la cause du décès. La vieille dame est-elle morte des suites des lésions corporelles subies au cours de l'agression sexuelle? Est-elle décédée par suite de ces lésions corporelles? Alors est-elle décédée, en raison de celles-ci ou est-elle décédée par étouffement parce qu'un sac a été placé sur sa tête, ou est-elle morte de peur? Vous aurez à déterminer la cause du décès, mais la question à laquelle vous devrez répondre est, bien sûr, de savoir s'il a participé à l'agression sexuelle, s'il a agi dans un tel but. Maintenant, s'il est devenu un participant par son acte, examinez cet autre article. Est-ce devenu une intention commune avec Snowbird? En participant à cet acte et en le commettant dans ce but, ces deux personnes avaient-elles une intention commune de s'aider mutuellement dans la perpétration de l'agression sexuelle? Était-ce le résultat final de cet acte? Était-ce le résultat réel? Vous devrez vous poser cette question. Si c'est le cas alors la conséquence est la suivante:

"Quand deux ou plusieurs personnes forment ensemble le projet . . ."

et il n'est pas nécessaire qu'il y ait un accord écrit, cela peut être fait par la conduite,

"... de poursuivre une fin illégale . . ."

et en l'espèce la fin illégale, dans cette situation, est l'agression sexuelle commise par Snowbird. S'ils forment ensemble le projet de poursuivre cette fin illégale,

"... et de s'y entraider . . ."

Est-ce également implicite?—vous tirez cette conclusion,

"... et que l'une d'entre elles ... en réalisant cette fin commune . . ."

d'agression sexuelle,

"... commet une infraction . . ."

Maintenant, cela serait le cas si le décès résultait de l'agression sexuelle.

"... commet une infraction . . ."

ou quoi que ce soit, meurtre au premier degré; au deuxième degré; ou homicide involontaire coupable. Si la mort résulte directement de cette agression sexuelle, Kirkness aurait-il dû savoir, dans ces circonstances, que cet acte, qu'il s'agisse du meurtre au premier ou deuxième degré ou d'homicide involontaire coupable, serait une conséquence probable de l'agression sexuelle? S'il le savait et est devenu partie à l'infraction en bloquant la porte, alors il est devenu partie à l'infraction qui a, en fait, été commise, si vous concluez qu'elle a été commise.

I have, of necessity, set out at some length the references in the charge to a possible finding that Kirkness was guilty of manslaughter. The charge, taken as a whole and including these references, constitutes an adequate instruction to the jury as to the basis upon which they could reach a verdict of manslaughter. On the facts, a verdict of manslaughter was only open to the jury if the appellant was found to be a party to the sexual assault and the death was found to be a result of the sexual assault. Certainly the possibility of reaching such a verdict was not withdrawn from the jury. The Court of Appeal erred in holding the contrary.

Disposition

In the result, I would allow the appeal and restore the acquittal.

The reasons of Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

WILSON J. (dissenting)—I have had the benefit of the reasons of my colleague Justice Cory and I agree with him that the single transaction principle, a principle which is embodied in s. 214(5) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 231(5)) and which was explained in the decision of this Court in *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618, has no application in the present context. I disagree with him, however, that this determines the outcome of this appeal. The question for the Court is whether, in light of the evidence, the trial judge properly instructed the jury regarding Kirkness' liability as a party to the homicide of Elizabeth Johnson. That issue is to be decided on the basis of the application of s. 21 of the *Criminal Code*. In my view the Manitoba Court of Appeal was correct in holding that the trial judge failed to clearly and properly instruct the jury on the very complex issue of party liability. The result must therefore be a new trial for the accused.

1. Party Liability

At the conclusion of the trial Scollin J. refused to deliver what is known as a "boiler plate" charge to the jury. It has been noted by my colleague that

J'ai dû citer assez longuement les mentions faites dans l'exposé de la conclusion possible que Kirkness était coupable d'homicide involontaire coupable. L'exposé, dans son ensemble, avec ces mentions, donne des directives adéquates au jury quant à ce qui pouvait servir de fondement à un verdict d'homicide involontaire coupable. D'après les faits, le jury ne pouvait arriver à un verdict d'homicide involontaire coupable que s'il concluait que l'appelant avait participé à l'agression sexuelle et que la mort résultait de celle-ci. La possibilité d'arriver à un tel verdict n'a certainement pas été enlevée au jury. La Cour d'appel a commis une erreur en arrivant à une conclusion contraire.

Dispositif

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'acquittement.

Version française des motifs des juges Wilson et L'Heureux-Dubé rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Cory et je conviens avec lui que le principe de l'affaire unique, un principe exprimé au par. 214(5) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, par. 231(5)), et expliqué dans l'arrêt de notre Cour *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618, ne s'applique pas en l'espèce. Toutefois, je ne puis convenir avec lui que cette situation détermine le résultat du présent pourvoi. La question qui est posée à la Cour est de savoir si, compte tenu de la preuve, le juge du procès a donné des directives appropriées au jury en ce qui concerne la responsabilité de Kirkness comme participant à l'homicide d'Elizabeth Johnson. Cette question doit être tranchée conformément à l'art. 21 du *Code criminel*. À mon avis, la Cour d'appel du Manitoba a conclu, à bon droit, que le juge du procès n'avait pas donné des directives claires et appropriées au jury sur la question complexe de la responsabilité des parties à une infraction. Il doit donc en résulter un nouveau procès pour l'accusé.

1. Responsabilité des participants à une infraction

À la fin du procès, le juge Scollin a refusé de prononcer ce qu'on appelle un exposé «standard». Mon collègue a souligné que, bien que cette prati-

while this practice is not inherently wrong, trial judges must exercise great caution in delivering such charges. When a jury untrained in the law is called upon to deal with extremely complicated legal rules, I would consider it his or her duty to set out the law in the most detailed and coherent way possible. The rules respecting the liability of parties to an offence are notoriously complex. I propose therefore to set out those rules and deal with their application to the facts of this particular case.

The concept of liability for those who assist in the commission of crime has long been part of our criminal law. This concept springs from the notion that those who assist others to commit crimes are fully as blameworthy as the actual perpetrators.

At common law a complex body of rules evolved in order to determine criminal complicity. Participants in crime were classified according to the time at which they participated and whether they were present at the commission of the crime by the principal offender. The categories which developed included accessories before the fact, accessories after the fact, principals in the first degree and principals in the second degree.

A related doctrine of accessorial liability also developed called the doctrine of common purpose. The doctrine applied to those situations where the principal offender, having been assisted in some way by a party to commit an agreed upon offence, went beyond the terms of the agreement and committed some other offence. With certain limitations, accessories and principals in the second degree were considered to be in the eyes of the law equally responsible for the crime that was eventually committed.

These common law rules are now codified, with some modification, in various sections of the *Criminal Code*. Specifically, section 21 of the *Code* provides:

- 21. (1)** Every one is a party to an offence who
- (a) actually commits it;

que ne soit pas mauvaise en soi, les juges du procès doivent l'utiliser avec beaucoup de prudence. Lorsqu'un jury dépourvu de formation en droit doit traiter de règles juridiques extrêmement compliquées, je suis d'avis que le juge doit énoncer le droit de la manière la plus détaillée et la plus cohérente possible. Les règles concernant la responsabilité des participants à une infraction sont notoirement complexes. Par conséquent, je me propose d'énoncer ces règles et de traiter de leur application aux faits de l'espèce.

La notion de responsabilité de ceux qui aident à la perpétration d'un crime fait partie depuis longtemps de notre droit pénal. Cette notion découle de l'idée selon laquelle ceux qui aident d'autres personnes à commettre des crimes sont autant à blâmer que les auteurs réels des crimes.

Il s'est construit en common law un ensemble complexe de règles destinées à définir la complicité criminelle. Les participants à un crime ont été classés selon le moment de leur participation et leur présence ou leur absence au moment de la perpétration du crime par son auteur principal. Les catégories qui ont été élaborées comprenaient la complicité avant le fait, la complicité après le fait, les auteurs au premier degré et les auteurs au deuxième degré.

S'est développée également la théorie connexe de la responsabilité des complices que l'on a appelée la doctrine de la fin commune. La doctrine s'appliquait aux situations où l'auteur principal de l'infraction, ayant été aidé de quelque manière par une autre personne dans la perpétration d'une infraction convenue, avait dépassé les termes de l'entente et avait commis une autre infraction. Avec certaines restrictions, les complices et les auteurs principaux au deuxième degré ont été considérés aux yeux de la loi également responsables du crime qui avait été commis par la suite.

Ces règles de common law sont maintenant codifiées, avec quelques modifications, dans divers articles du *Code criminel*. Plus précisément, l'art. 21 du *Code* prévoit:

- 21. (1)** Participant à une infraction:
- a) quiconque la commet réellement;

- (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.

Before turning to the elements of liability under s. 21(1) and (2), I think it would be helpful to add a few comments on the intricacies of party liability in the murder context.

2. Murder and Party Liability

At common law an accessory could only be guilty of the same offence as that committed by the principal. That view has now been modified so that a party may be found guilty of either a more serious offence than the principal's or a less serious offence. Particularly with respect to the latter, this change in the common law is a welcome one.

In keeping with this spirit of reform several courts have held that it is possible to find a party liable of the lesser included offence of manslaughter where the principal has committed an act of murder: see *R. v. Kent, Sinclair and Gode* (1986), 40 Man. R. (2d) 160 (Man. C.A.); *R. v. Hartford and Frigon* (1979), 51 C.C.C. (2d) 462 (B.C.C.A.), and *R. v. Trudeau and Toulouse* (1985), 12 O.A.C. 189. Other common law jurisdictions have adopted the same approach: see *Murray v. The Queen*, [1962] Tas. S.R. 170 (C.C.A.).

This approach makes excellent sense. For party liability to obtain the accessory must also possess the requisite degree of subjective foresight before he or she may be found criminally responsible. The different degrees of mental awareness that a party must possess in the homicide context were described by Twaddle J.A. in *Kent, supra*, at pp. 167-68:

- 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.

Je suis d'avis que, avant d'examiner les éléments de la responsabilité aux termes des par. 21(1) et (2), il serait utile d'ajouter quelques remarques sur les complexités de la responsabilité des participants dans le contexte du meurtre.

2. Le meurtre et la responsabilité des participants

En common law, le complice ne pouvait être coupable que de la même infraction que l'auteur principal. Ce point de vue a changé de sorte que maintenant un participant peut être déclaré coupable d'une infraction plus grave que celle de l'auteur principal ou d'une infraction moins grave. En ce qui a trait particulièrement au deuxième cas, cette modification de la common law est la bienvenue.

Conformément à cet esprit de réforme, plusieurs tribunaux ont conclu qu'il était possible de déclarer un participant responsable d'une infraction moindre et comprise d'homicide involontaire coupable lorsque l'auteur principal avait commis un meurtre: voir *R. v. Kent, Sinclair and Gode* (1986), 40 Man. R. (2d) 160 (C.A. Man.); *R. v. Hartford and Frigon* (1979), 51 C.C.C. (2d) 462 (C.A.C.-B.), et *R. v. Trudeau and Toulouse* (1985), 12 O.A.C. 189. D'autres juridictions de common law ont adopté la même position: voir *Murray v. The Queen*, [1962] Tas. S.R. 170 (C.C.A.).

Cette position est très bien fondée. Pour pouvoir être responsable à titre de participant, le complice doit également avoir le degré requis de prévision subjective. Les différents degrés de conscience que doit avoir une partie dans le contexte de l'homicide ont été décrits par le juge Twaddle dans l'arrêt *Kent*, précité, aux pp. 167 et 168:

In the case of one who aids or abets the commission of a murder, the intent necessary for a conviction of murder is the same as that required of the person who actually does the act causing death. The person aiding or abetting the commission of the crime must intend that death ensue or that bodily harm of a kind likely to cause death be caused, he being reckless whether death ensues or not. If the intent of the aider or abettor is insufficient to support a conviction for murder, he still might be convicted of manslaughter if the unlawful act he aids or abets is one he knows likely will cause some harm short of death.

I conclude that in the murder context it is open to a jury to find an accused guilty of the lesser included offence of manslaughter where he or she aided or abetted a principal who is found guilty of murder. When dealing with crimes of personal violence the *mens rea* for manslaughter will often be present in a party who has assisted. Thus, the possibility of convicting an accessory for manslaughter as opposed to murder must be included in the Court's analysis in this case.

3. Aiding and Abetting

As with any other criminal offence an accused may not be held criminally responsible unless the essential elements of the offence have been proved by the Crown. In the context of party liability these elements take a somewhat different form from the form they take in the case of principal offenders. The reason for this is that the acts and intent of a party must be examined in relation to the acts and intent of the principal.

The leading case on the elements of s. 21(1) is the decision of this Court in *Dunlop and Sylvester v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 881. In that case two accused had been charged with the rape of a teenage woman. They had been present at a party held by a motorcycle club of which they were members when a gang rape took place. The victim testified that the two accused had intercourse with

[TRADUCTION] Dans le cas de celui qui aide ou qui encourage un autre à la perpétration d'un meurtre, l'intention nécessaire pour une déclaration de culpabilité de meurtre est la même que celle qui est exigée à l'égard de celui qui a réellement commis l'acte qui a entraîné la mort. La personne qui aide ou qui encourage quelqu'un à la perpétration du crime doit avoir l'intention que la mort s'ensuive ou que des lésions corporelles de nature à entraîner la mort soient causées sans se soucier que la mort en résulte ou non. Si l'intention de la personne qui aide ou qui encourage est insuffisante pour appuyer une déclaration de culpabilité de meurtre, elle peut toujours être déclarée coupable d'homicide involontaire coupable si elle sait que l'acte illégal qu'elle aide ou encourage à commettre causera vraisemblablement des blessures, mais non la mort.

Je conclus que, dans le contexte du meurtre, le jury peut déclarer un accusé coupable de l'infraction moindre et comprise d'homicide involontaire coupable lorsqu'il a aidé ou encouragé la personne qui est déclarée coupable de meurtre. Lorsqu'on traite de crimes de violence contre la personne, la personne qui a aidé à la perpétration du crime aura souvent la *mens rea* d'homicide involontaire coupable. Par conséquent, la possibilité de déclarer un complice coupable d'homicide involontaire coupable par opposition au meurtre doit être comprise dans l'analyse de notre Cour en l'espèce.

f 3. Aide et encouragement

Comme pour toute autre infraction criminelle, un accusé ne peut être déclaré criminellement responsable à moins que les éléments essentiels de l'infraction n'aient été démontrés par la poursuite. Dans le contexte de la responsabilité à titre de participant, ces éléments prennent une forme un peu différente de la forme qu'ils présentent dans le cas des auteurs principaux. La raison en est que les actes et l'intention d'un participant doivent être examinés par rapport aux actes et à l'intention de l'auteur principal.

L'arrêt qui fait autorité sur les éléments du par. 21(1) est l'arrêt de notre Cour *Dunlop et Sylvester c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 881. Dans cette affaire, deux inculpés avaient été accusés du viol d'une adolescente. Ils étaient présents à une fête tenue par un club de motards dont ils étaient membres, lorsqu'un viol collectif a eu lieu. La victime avait dit dans son témoignage que les deux

her against her will, an accusation which both accused denied. The trial judge charged the jury on the application of subss. (1) and (2) of s. 21.

Dickson J. (as he then was) held that there was no evidence that either Dunlop or Sylvester had any prior knowledge of the planned rape. In his view, it was entirely inappropriate for the trial judge to have charged the jury on s. 21(2). The issue, rather, was whether the accused had aided and abetted the rape within the meaning of s. 21(1). He dealt with the requirements of s. 21(1) as follows at p. 896:

In the case at bar I have great difficulty in finding any evidence of anything more than mere presence and passive acquiescence. Presence at the commission of an offence can be evidence of aiding and abetting if accompanied by other factors, such as prior knowledge of the principal offender's intention to commit the offence or attendance for the purpose of encouragement. There was no evidence that while the crime was being committed either of the accused rendered aid, assistance or encouragement to the rape of Brenda Ross. There was no evidence of any positive act or omission to facilitate the unlawful purpose.

Distinguishing between acts amounting to "mere acquiescence" and acts amounting to "encouragement" is often difficult. Indeed, in *Dunlop and Sylvester* judicial opinion as to whether the accused had in fact encouraged the commission of the rape was deeply divided. The four judges constituting the majority found that the evidence did not support a finding that the accused had abetted the rape. Two members of the Court refrained from expressing an opinion on the matter. Martland J.'s dissent, in which Ritchie and Pigeon JJ. concurred, turned on his view that the sufficiency of the evidence going to the s. 21(1) issue was purely for the jury.

A reference to other circumstances in which courts and juries have had to confront this difficult determination may be useful. For instance, in *R. v.*

accusés avaient eu des rapports sexuels avec elle contre sa volonté, une accusation niée par les deux. Le juge du procès avait donné des directives au jury sur l'application des paragraphes (1) et (2) de l'art. 21.

Le juge Dickson (tel était alors son titre) a conclu qu'aucune preuve n'indiquait que Dunlop ou Sylvester avaient eu préalablement connaissance du projet de viol. À son avis, il était entièrement inopportun de la part du juge du procès d'avoir donné des directives au jury au sujet du par. 21(2). La question était plutôt de savoir si les accusés avaient aidé et encouragé la perpétration du viol au sens du par. 21(1). Il a traité des exigences du par. 21(1) de la manière suivante à la p. 896:

Dans la présente affaire, j'ai beaucoup de difficulté à déceler une preuve de quelque chose de plus que la simple présence et l'acquiescement passif. La présence au moment de la perpétration d'une infraction peut constituer une preuve d'aide et d'encouragement si elle est accompagnée d'autres facteurs, comme la connaissance préalable de l'intention de l'auteur de perpétrer l'infraction ou si elle a pour but l'incitation. Il n'y a aucune preuve qu'au cours de la perpétration de l'acte criminel, l'un ou l'autre des accusés ait fourni une aide, une assistance ou une incitation au viol de Brenda Ross. Il n'y a aucune preuve de quelque acte positif ou omission pour faciliter le dessein illicite.

Il est souvent difficile d'établir une distinction entre les actes qui équivalent à un «simple acquiescement» et les actes qui équivalent à une «incitation». En fait, dans l'arrêt *Dunlop et Sylvester*, il y avait une grande divergence d'opinions sur la question de savoir si les accusés avaient en réalité incité d'autres personnes à commettre le viol. Les quatre juges de la majorité ont conclu que la preuve n'appuyait pas la conclusion que les accusés avaient incité au viol. Deux membres de la Cour se sont abstenus d'exprimer une opinion sur la question. La dissidence du juge Martland, appuyée par les juges Ritchie et Pigeon, tenait à ce que, selon lui, il appartenait entièrement au jury de déterminer si la preuve relative au par. 21(1) était suffisante.

Il peut être utile de mentionner d'autres circonstances dans lesquelles des tribunaux et des jurys ont eu à faire ce choix difficile. Par exemple, dans

Cunningham (1937), 68 C.C.C. 176 (Ont. C.A.), the accused was convicted as a party to the offence of keeping a disorderly house. The house was being operated as a gambling establishment and the accused acted as a "lookout". The Ontario Court of Appeal held that the stationing of the accused at the entrance to the house served not only the purpose of alerting the keepers to the coming of the police so that they might avoid apprehension, but also the purpose of alerting the keepers early enough that they might destroy or conceal evidence indicating the sort of activity in which the occupants of the house were engaged. Given these functions the amount of participation in the crime by the lookout satisfied the requirements for aiding or abetting. See also *R. v. Lloyd* (1890), 19 O.R. 352 (C.A.).

An absence of affirmative participation in the criminal activity of others (not dissimilar to that in the present case) was held to be sufficient in *R. v. Black*, [1970] 4 C.C.C. 251. In that case the accused had laughed and shouted at the victim who was being indecently assaulted by a group of men. The British Columbia Court of Appeal held that Black had aided and abetted the offence because his "mere" presence in fact prevented any realistic possibility of the victim's escape, thus permitting the continuation of the offences being committed against him.

In *R. v. Cosgrove* (1975), 29 C.C.C. (2d) 169 (Ont. C.A.), the accused was convicted at trial as a party to a gang rape. The accused along with four of his companions drove their female passenger to a remote place, dragged her into a corn field and took turns raping her. Cosgrove claimed that he remained asleep in the car while the assault took place. The trial judge left the jury with the impression that Cosgrove was under a duty to prevent the offence which he knew was being committed. The Court of Appeal overturned the conviction and ordered a new trial on the basis that the trial judge's charge to the jury was erroneous and misleading on this point.

l'arrêt *R. v. Cunningham* (1937), 68 C.C.C. 176 (C.A. Ont.), l'accusé a été déclaré coupable à titre de partie à l'infraction de tenue d'une maison de désordre. La maison servait d'établissement de jeu et l'accusé agissait à titre de «guetteur». La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le poste de l'accusé à l'entrée de la maison servait non seulement à avertir les tenanciers de l'arrivée des policiers de manière qu'ils puissent éviter d'être arrêtés, mais également à avertir les tenanciers pour leur donner suffisamment de temps pour détruire ou cacher des éléments de preuve du genre d'activités exercées par les occupants de la maison. Compte tenu de ces fonctions, la participation au crime par le guetteur satisfaisait aux critères de l'aide ou de l'encouragement. Voir également *R. v. Lloyd* (1890), 19 O.R. 352 (C.A.).

Dans l'arrêt *R. v. Black*, [1970] 4 C.C.C. 251, on a jugé que l'absence de participation active à l'activité criminelle d'autres personnes (peu différente de celle de l'espèce) était suffisante. Dans cette affaire, l'accusé avait ri et crié à la tête de la victime d'un attentat à la pudeur commis par un groupe d'hommes. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé que Black avait aidé et encouragé la perpétration de l'infraction parce que sa «simple» présence réduisait en fait toute possibilité réelle de fuite de la victime et avait ainsi permis que se poursuivent les infractions contre elle.

Dans l'arrêt *R. v. Cosgrove* (1975), 29 C.C.C. (2d) 169 (C.A. Ont.), l'accusé avait été déclaré coupable au procès d'avoir participé à un viol collectif. L'accusé et quatre de ses compagnons avaient conduit leur passagère à un endroit retiré, l'avaient traînée dans un champ de maïs et l'avaient violée à tour de rôle. Cosgrove avait prétendu être resté endormi dans la voiture pendant que l'agression avait lieu. Le juge du procès avait laissé au jury l'impression que Cosgrove était tenu d'empêcher la perpétration de l'infraction dont il avait connaissance. La Cour d'appel a infirmé la déclaration de culpabilité et a ordonné un nouveau procès sur le motif que l'exposé du juge du procès au jury était erroné et trompeur sur ce point.

Similarly in *R. v. Clarkson*, [1971] 3 All E.R. 344, the Courts-Martial Appeal Court acquitted the accused who had been present at the gang rape of a young woman in an army barracks. Aware that the rape was taking place, the accused along with several others piled into the room where the assault occurred and watched the attack. As there was no evidence that the accused had committed any physical act or encouraged the rape by their words, there was no foundation upon which to ground liability.

Perhaps the most troubling case on this issue to date is the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Salajko* (1970), 9 C.R.N.S. 145, in which the accused was held to have no criminal responsibility in a gang rape at which he was present. The accused had stood by and witnessed the rape take place with his pants down. *Salajko* has been the subject of some criticism in this Court. In *Dunlop and Sylvester*, *supra*, Dickson J. commented at p. 894 that: "One might be forgiven for thinking that it was open to the jury to infer encouragement by conduct." I agree with the statement of Professor Stuart in his text *Canadian Criminal Law: A Treatise* (Toronto 1982) that "This is surely the better view." (at p. 493). I find it difficult to view such behaviour as "passive acquiescence". In my view, the decision in *Salajko* is anomalous and should not be followed.

To be convicted as an aider or abettor one must also possess the necessary state of mind. Dickson J. addressed this issue also in *Dunlop and Sylvester*. He found that there must be evidence supporting an inference that the accused had prior knowledge that an offence of the type committed was planned.

How similar must the anticipated crime and the actual crime be before the requisite mental element is satisfied? The case law on this issue seems to indicate that the two crimes must be substantially similar. For example, in *R. v. Yanover and Gerol* (1985), 20 C.C.C. (3d) 300, Martin J.A. of the Ontario Court of Appeal said at p. 329:

De même, dans l'arrêt *R. v. Clarkson*, [1971] 3 All E.R. 344, le Tribunal d'appel des cours martiales a acquitté les accusés qui avaient été présents au viol collectif d'une jeune femme dans une caserne de l'armée. Sachant que le viol avait lieu, les accusés et plusieurs autres personnes s'étaient entassés dans la pièce pour assister à l'agression. Étant donné que rien dans la preuve n'indiquait que les accusés avaient commis un acte matériel ou avaient incité verbalement quelqu'un au viol, il n'y avait aucun fondement de responsabilité.

L'affaire qui est sans doute la plus troublante relativement à cette question est l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Salajko* (1970), 9 C.R.N.S. 145, dans lequel on a jugé que l'accusé n'avait aucune responsabilité criminelle dans un viol collectif auquel il assistait. L'accusé était présent et, le pantalon baissé, a été témoin du viol. L'arrêt *Salajko* a fait l'objet de certaines critiques de notre Cour. Dans l'arrêt *Dunlop et Sylvester*, précité, le juge Dickson a fait remarquer aux pp. 894 et 895: «Il est permis de penser que le jury aurait pu conclure qu'il y avait eu incitation par la conduite.» Je suis d'accord avec la déclaration du professeur Stuart dans son ouvrage *Canadian Criminal Law: A Treatise* (Toronto 1982) selon laquelle [TRADUCTION] «C'est sûrement la meilleure opinion.» (à la p. 493). J'ai de la difficulté à considérer un tel comportement comme un «acquiescement passif». À mon avis, l'arrêt *Salajko* est une anomalie et ne doit pas être suivi.

Pour être déclaré coupable d'avoir aidé ou encouragé le crime, il faut également avoir l'état d'esprit nécessaire. Le juge Dickson a également examiné cette question dans l'arrêt *Dunlop et Sylvester*. Il a conclu qu'il devait y avoir des éléments de preuve permettant de déduire que l'accusé savait au préalable qu'une infraction de ce genre était projetée.

Dans quelle mesure le crime prévu et le crime réel doivent-ils être semblables pour satisfaire à l'élément moral requis? La jurisprudence à ce sujet semble indiquer que les deux crimes doivent être essentiellement semblables. Par exemple, dans l'arrêt *R. v. Yanover and Gerol* (1985), 20 C.C.C. (3d) 300, le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario a dit à la p. 329:

For liability to attach under s. 21(1)(b) or (c) it is unnecessary that the person supplying the instrument for the commission of the intended crime know the precise details of the crime intended to be committed such as the particular premises intended to be blown up or the precise time when the offence is intended to be committed, provided that he is aware of the type of crime intended to be committed.

Martin J.A. relied for this proposition on *Director of Public Prosecutions for Northern Ireland v. Maxwell*, [1978] 1 W.L.R. 1350 (H.L.), in which the accused was a member of an organization which, with the use of weapons, engaged in attacks against Roman Catholics and their property. Maxwell was asked to drive his car to an inn and during the drive became aware that he was acting as a guide for another vehicle which was following him. From his knowledge of the organization Maxwell knew that when he acted as a guide he was taking part in an attack that would involve weapons. The House of Lords held that while knowledge of a general criminal intention would be insufficient to establish party liability, a conviction could follow as long as the offence actually committed was of the type that the accused aided or abetted.

This approach has been adopted by other Canadian authors and courts. For example, Rose, in his text on parties (*Parties To An Offence* (Toronto 1982)) states at pp. 10-11:

One of the facts a person must know, in order to be susceptible to conviction as an aider and abettor, is the principal's intention to commit the offence. It is not, however, essential to prove that an alleged aider or abettor knew the *precise* crime which would be committed; it will suffice that he actually knew that the principal planned on committing a certain *type* of offence, that a crime of that type was in fact committed, and that the accused had intentionally aided or abetted its commission. [Emphasis in original.]

This passage was relied upon by the Nova Scotia Court of Appeal in *R. v. Stevenson* (1984), 11 C.C.C. (3d) 443. In that case the principal offender had been charged and convicted of causing bodily harm with intent to wound. His conviction

[TRANSLATION] Pour qu'une responsabilité découle de l'al. 21(1)(b) ou c) il n'est pas nécessaire que la personne qui fournit l'instrument pour la perpétration du crime projeté connaisse les détails précis du crime projeté, comme l'identité des lieux à faire sauter ou le moment précis de l'infraction, pourvu qu'elle soit au courant du genre de crime projeté.

Le juge Martin a fondé cette proposition sur l'arrêt *Director of Public Prosecutions for Northern Ireland v. Maxwell*, [1978] 1 W.L.R. 1350 (H.L.). Dans cette affaire, l'accusé était membre d'une organisation qui, avec des armes, attaquait des catholiques et leurs biens. On avait demandé à Maxwell de conduire sa voiture jusqu'à une auberge et, pendant le trajet, il s'était rendu compte qu'il servait de guide à un autre véhicule qui le suivait. D'après sa connaissance de l'organisation, Maxwell savait que, lorsqu'il servait de guide, il prenait part à une attaque armée. La Chambre des lords a conclu que, bien que la connaissance d'une intention criminelle générale ne soit pas suffisante pour établir la responsabilité à titre de participant, il pouvait y avoir une déclaration de culpabilité si l'infraction réellement commise était du genre de celle pour laquelle l'accusé avait fourni de l'aide ou un encouragement.

Cette position a été adoptée par d'autres auteurs et tribunaux canadiens. Par exemple, Rose dans son ouvrage sur les participants aux infractions (*Parties To An Offence* (Toronto 1982)) écrit aux pp. 10 et 11:

[TRANSLATION] L'un des faits qu'une personne doit connaître pour pouvoir être déclarée coupable du crime d'aide et d'encouragement est l'intention de l'auteur de commettre l'infraction. Toutefois il n'est pas essentiel de démontrer que la personne accusée d'avoir apporté une aide ou un encouragement savait quel crime *précis* serait commis; il suffit qu'elle ait su réellement que l'auteur projetait de commettre un certain *genre* d'infraction, qu'un crime de ce genre avait en fait été commis, et que l'accusé avait intentionnellement aidé ou encouragé quelqu'un à sa perpétration. [Italiques dans l'original]

La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse s'est fondée sur ce passage dans l'arrêt *R. v. Stevenson* (1984), 11 C.C.C. (3d) 443. Dans cette affaire, le contrevenant principal avait été accusé et déclaré coupable d'avoir causé des lésions corporelles avec

tion arose out of a fight he had engaged in with a man who had insulted his wife. The principal had asked the accused to come with him to the fight so as to prevent the victim's friends from participating. Macdonald J.A., who wrote the decision for the court, held that it was not necessary that the accused know that the principal would only commit a common assault as opposed to an assault causing bodily harm. It was enough that he knew that a "crime of personal violence" would be committed.

Applying these elements to the case at bar, I agree with my colleague that the accused neither aided nor abetted the murder of Elizabeth Johnson. In my view, Kirkness' liability for the death of the victim turns solely on the question whether he aided or abetted the sexual assault of this woman. The issue therefore is whether the evidence is capable of supporting such a finding.

Kirkness stated to the police that he and Snowbird broke into the house and then began looking around. They saw Elizabeth Johnson lying on the bed in the bedroom. Snowbird entered the room and Kirkness watched in the doorway. Snowbird commenced his assault against the victim. Kirkness watched. Snowbird told Kirkness to wait outside. Kirkness then placed a chair beneath the doorknob thereby blocking ingress to and egress from the house. He sat in a chair outside the room and waited. He again tried to look into the room and Snowbird informed him that he was not finished. Snowbird then dragged the naked victim out into the hallway.

In my view, it was open to the jury to find that the actions of the accused while in the home of the deceased amounted to more than "mere acquiescence". Kirkness' initial presence in the room at the time the sexual assault began was transformed into active involvement with his placing of the chair beneath the door handle and his leaving of the room only at the request of Snowbird. These acts are unlike those of the accused in both *Dunlop*

l'intention de blesser. Sa déclaration de culpabilité découlait d'une bagarre engagée avec un homme qui avait insulté son épouse. L'auteur de l'infraction avait demandé à l'accusé de venir avec lui à la bagarre pour empêcher les amis de la victime d'y participer. Le juge Macdonald, qui a rédigé l'arrêt au nom de la cour, a conclu qu'il n'était pas nécessaire que l'accusé sache que l'auteur ne commettrait que des voies de fait par opposition à des voies de fait causant des lésions corporelles. Il était suffisant qu'il sache qu'un «crime de violence contre la personne» serait commis.

Si l'on applique ces éléments à l'espèce, je suis d'accord avec mon collègue que l'accusé n'a ni aidé ni encouragé le meurtre d'Elizabeth Johnson. À mon avis, la responsabilité de Kirkness relativement au décès de la victime dépend uniquement de la question de savoir s'il a fourni de l'aide ou un encouragement à la perpétration de l'agression sexuelle contre cette femme. Par conséquent, la question est de savoir si la preuve peut appuyer une telle conclusion.

Kirkness a dit aux policiers que Snowbird et lui-même étaient entrés dans la maison et avaient alors commencé à inspecter les lieux. Ils ont vu Elizabeth Johnson couchée sur son lit dans la chambre. Snowbird est entré dans la pièce et Kirkness regardait par l'embrasement de la porte. Snowbird a commencé à agresser la victime. Kirkness regardait. Snowbird a dit à Kirkness d'attendre à l'extérieur. Kirkness a alors placé une chaise sous la poignée de la porte bloquant ainsi l'accès à la maison, puis il s'est assis sur une chaise à l'extérieur de la chambre et a attendu. Il a encore une fois tenté de regarder dans la pièce et Snowbird lui a dit qu'il n'avait pas fini. Snowbird a alors traîné la victime nue à l'extérieur de la pièce dans le couloir.

À mon avis, il était loisible au jury de conclure que les actes de l'accusé pendant qu'il était dans la maison de la victime équivalaient à plus qu'un «simple acquiescement». La présence initiale de Kirkness dans la pièce au moment où a commencé l'agression sexuelle s'est transformée en participation active lorsqu'il a placé la chaise sous la poignée de la porte et lorsqu'il a quitté la pièce parce que Snowbird le lui demandait. Ces actes sont

and *Sylvester* and *Cosgrove*. Kirkness did not sleep through the assault nor did he merely remain to observe the spectacle of an eighty-three-year-old woman being raped. His actions could therefore be considered akin to those of a "lookout" and therefore as assisting and encouraging the behaviour of Snowbird.

Moreover, Kirkness may be viewed as having continued to encourage and assist Snowbird after the sexual assault in the bedroom had been completed. When the victim was dragged out into the hallway and choked, Kirkness witnessed what was taking place. Even although the level of violence in the house was to his knowledge escalating, the appellant did not alter his behaviour in any significant respect. He remained in the house. He did not remove the chair from under the door handle. He persisted in his plan to rob the house. Can these actions be described as passive acquiescence?

Turning to the accused's state of mind during this period, Kirkness stated to the police that he told Snowbird to stop choking the victim because he might kill her. This statement is completely inconsistent with any intent to aid in the killing. Since the accused did not have the specific intent to assist in bringing about the death of the victim, conviction for murder as an aider or abettor is foreclosed.

However, lack of intent to do anything or to omit to do anything for the purpose of causing death does not end the inquiry into Kirkness' liability under subs. (1). As I indicated earlier, an accused may still be held criminally responsible in manslaughter for the death of the victim where it has not been established that he had the requisite intent for murder.

The actions of the accused are, in my view, capable of supporting an inference that he intended to assist Snowbird in the commission of the sexual assault which he knew was taking place. I personally find it hard to accept his argument that

différents de ceux des accusés dans les arrêts *Dunlop* et *Sylvester* et *Cosgrove*. Kirkness n'a pas dormi pendant l'agression et il n'est pas simplement resté pour regarder le spectacle du viol d'une femme de quatre-vingt-trois ans. Par conséquent, ses actes pourraient être considérés comme semblables à ceux d'un «guetteur» et donc comme aidant et encourageant Snowbird dans son comportement.

Qui plus est, Kirkness peut être considéré comme ayant continué à encourager et à aider Snowbird après l'agression sexuelle dans la chambre. Lorsque la victime a été traînée dans le couloir et étranglée, Kirkness était témoin de ce qui se produisait. Même s'il savait que le niveau de violence dans la maison augmentait, l'appelant n'a pas beaucoup modifié son comportement. Il est resté dans la maison. Il n'a pas enlevé la chaise placée sous la poignée de la porte. Il a poursuivi son projet d'effectuer un vol dans la maison. Ces actes peuvent-ils être décrits comme un acquiescement passif?

Si l'on examine l'état d'esprit de l'accusé pendant cette période, Kirkness a indiqué aux policiers qu'il avait dit à Snowbird d'arrêter d'étrangler la victime parce qu'il pourrait la tuer. Cette déclaration est entièrement incompatible avec toute intention de fournir de l'aide à la perpétration du meurtre. Étant donné que l'accusé n'avait pas l'intention précise d'aider à causer la mort de la victime, il est impossible de le déclarer coupable de meurtre par aide ou encouragement.

Toutefois, l'absence d'intention d'accomplir ou de ne pas accomplir un acte dans le but de causer la mort ne met pas fin à l'examen de la responsabilité de Kirkness aux termes du par. (1). Comme je l'ai indiqué précédemment, un accusé peut encore être tenu criminellement responsable d'homicide involontaire coupable pour le décès de la victime lorsqu'il n'a pas été démontré qu'il avait l'intention requise pour le meurtre.

À mon avis, les actes de l'accusé peuvent appuyer l'inférence qu'il avait l'intention d'aider Snowbird dans la perpétration de l'agression sexuelle dont il avait connaissance. Personnellement, je trouve qu'il est difficile d'admettre son

his actions were performed solely for the purpose of protecting himself. When the police questioned him about the chair, his response was (at p. 169):

Yeah, I did that because I thought someone would come in while we were in the house. Alex was [sexually assaulting] her in the bedroom when I was doing that.

This is, however, a matter for the jury to determine.

The mental element of the offence of aiding and abetting in the commission of a criminal offence is doing an act for the purpose of assisting the principal in the commission of the offence. The question thus becomes whether Kirkness placed the chair under the door handle specifically for the purpose of aiding in the crime of sexual assault or for aiding more generally in a crime of personal violence. In other words, was the crime committed by Snowbird of a similar type to that which the accused believed he was aiding and abetting?

There was a time when the violent aspect of the crime of rape was thought to be unduly underplayed by the law. The *Criminal Code* was amended to reflect the emerging view that rape is essentially a crime of violence. The offence accordingly is now known as the crime of sexual assault and not the crime of rape. This reconceptualization of the law has had an important influence on the way in which crimes of sexual violence are viewed by the courts.

The law now recognizes that sexual assault is often accompanied by other forms of violence. Thus, the *Criminal Code* contains a number of offences of sexual violence rated in severity by the degree of violence which accompanies the sexual assault. The scale in ascending order of severity runs from sexual assault (s. 246.1, now s. 271) to sexual assault with a weapon, sexual assault accompanied by threats of bodily harm and sexual assault causing bodily harm (s. 246.2, now s. 272), and finally to aggravated sexual assault (s. 246.3, now s. 273).

argument selon lequel ses actes ont été accomplis uniquement dans le but de se protéger. Lorsque les policiers l'ont interrogé au sujet de la chaise, il a répondu (à la p. 169):

^a [TRADUCTION] Oui, je l'ai fait parce que je pensais que quelqu'un pouvait entrer pendant que nous étions dans la maison. Alex était en train de [l'agresser sexuellement] dans la chambre à coucher pendant que je faisais cela.

^b Toutefois, c'est au jury de se prononcer sur cette question.

L'élément moral de l'infraction d'aide et d'encouragement dans la perpétration d'une infraction criminelle est d'accomplir un acte en vue d'aider l'auteur dans la perpétration de l'infraction. La question devient donc de savoir si Kirkness a placé la chaise sous la poignée de la porte précisément en vue d'aider à la perpétration du crime d'agression sexuelle ou en vue d'aider de manière plus générale à la perpétration d'un crime de violence contre la personne. En d'autres termes, le crime commis par Snowbird était-il d'un genre semblable à celui auquel l'accusé croyait apporter de l'aide et de l'encouragement?

On pensait, à une certaine époque, que le droit n'accordait pas une importance suffisante à l'aspect violent du crime de viol. Le *Code criminel* a été modifié pour refléter l'idée nouvelle que le viol est essentiellement un crime de violence. En conséquence, l'infraction est maintenant connue comme le crime d'agression sexuelle et non le crime de viol. Cette reformulation du droit a eu une influence importante sur la manière dont les tribunaux ont considéré les crimes de violence sexuelle.

Le droit reconnaît maintenant que l'agression sexuelle est souvent accompagnée d'autres formes de violence. Ainsi, le *Code criminel* contient un certain nombre d'infractions de violence sexuelle dont la gravité dépend du degré de violence qui accompagne l'agression sexuelle. L'échelle de gravité par ordre ascendant va de l'agression sexuelle (art. 246.1, maintenant art. 271) à l'agression sexuelle armée, à l'agression sexuelle avec menaces de lésions corporelles et l'agression sexuelle avec infliction de lésions corporelles (art. 246.2, maintenant art. 272), et finalement à l'agression sexuelle grave (art. 246.3 maintenant art. 273).

Given this background and the legislative changes which resulted, it may be somewhat artificial to draw a sharp line between the act of sexual assault and the act of suffocation in a case such as this where the violence inherent in the sexual assault escalated in a maniacal way to the violence accompanying suffocation. The sexual assault and the suffocation could be viewed as offences of the same type in the sense that together they combine to form the offences proscribed by either s. 246.2 or s. 246.3 of the *Code*. Moreover, they are offences which could cause bodily harm short of death. Even if the appellant intended only to assist in the commission of a sexual assault *simpliciter*, it would be open to the jury to find that in law he aided and abetted a crime of a type involving personal violence and hence a risk of bodily harm short of death.

Applying each of these elements to the behaviour of Kirkness leads me to the conclusion that there was evidence on which a jury properly instructed could have convicted him of manslaughter. Before considering whether the trial judge did properly instruct the jury on the application of s. 21(1) in the circumstances of this case, I believe it will be helpful to address the application of s. 21(2).

4. Common Intender

The common law is replete with examples of persons who, having assisted other people in the commission of a crime, are held criminally responsible for the criminal acts of the people they assisted. According to Rose "The common unlawful purpose provisions of the criminal law seem to have developed under the common law as a doctrine of constructive murder—a sort of "constructive aiding and abetting" in murder cases." (See Rose, *supra*, at p. 64). The law's imposition of responsibility in such circumstances dates back to at least the time of Hale. He recorded that in *Lord Dacre's Case* (1543), 1 Hale H.P.C. 439:

Compte tenu de cet historique et des modifications législatives qui en ont résulté, il peut être quelque peu artificiel de tracer une ligne de démarcation précise entre l'acte d'agression sexuelle et l'acte d'étouffement dans une affaire comme l'espèce, où la violence inhérente à l'agression sexuelle s'est intensifiée de façon maniaque jusqu'à la violence qui a accompagné l'étouffement. L'agression sexuelle et l'étouffement peuvent être considérés comme des infractions du même genre dans le sens que, ensemble, elles se complètent pour former les infractions prévues aux art. 246.2 ou 246.3 du *Code*. En outre, il s'agit d'infractions qui pourraient causer des lésions corporelles sans causer la mort. Même si l'appelant avait eu seulement l'intention d'aider à la perpétration d'une agression sexuelle simple, il serait loisible au jury de conclure que, en droit, il a aidé et encouragé un crime d'un genre comportant de la violence contre la personne et donc un risque de lésions corporelles, mais non la mort.

Si j'applique chacun de ces éléments au comportement de Kirkness j'arrive à la conclusion qu'il y avait des éléments de preuve en vertu desquels un jury ayant reçu des directives appropriées aurait pu le déclarer coupable d'homicide involontaire coupable. Avant d'examiner si le juge du procès a donné des directives appropriées au jury sur l'application du par. 21(1) dans les circonstances de l'espèce, je suis d'avis qu'il sera utile d'examiner l'application du par. 21(2).

g 4. L'intention commune

La common law foisonne d'exemples de personnes qui, ayant aidé une autre personne à la perpétration d'un crime, sont tenues criminellement responsables des actes criminels des personnes qu'elles ont aidées. Selon Rose [TRADUCTION] «Les dispositions du droit pénal relatives à l'intention commune de commettre un acte illégal semblent s'être développées en common law dans la théorie du meurtre par imputation—une sorte d'«d'aide et d'encouragement implicites» dans des affaires de meurtre.» (Voir Rose, précité, à la p. 64). L'imposition de responsabilité par la loi dans de telles circonstances remonte au moins à l'époque de Hale. Il a remarqué que dans l'arrêt *Lord Dacre's Case* (1543), 1 Hale H.P.C. 439:

The lord *Dacre* and divers others came to steal deer in the park of one *Pelham*, *Rayden* one of the company kild the keeper in the park, the lord *Dacre* and the rest of the company being in other parts of the park, it was ruled, that it was murder in them all, and they died for it.

Foster, writing in 1809, explained that the special intent required for murder was relaxed in such cases. At page 351 of *Foster's Crown Law* (London 1809) he said:

But if a fact amounting to murder should be committed in prosecution of some unlawful purpose, *though it were but a bare trespass*, to which *A.* in the case last stated had consented, and he had gone in order to give assistance, if need were, for carrying it into execution; this would have amounted to murder in him, and would in every person present and joining with him . . .

It is true, here might be no special malice against the party slain, nor deliberate intention to hurt *him*; but if the fact was committed in prosecution of the original purpose, *which was unlawful*, the whole party will be involved in the guilt of him who gave the blow. For in combinations of this kind the mortal stroke, though given by one of the party, is considered in the eye of the law, and of sound reason too, as given by every individual present and abetting. [Emphasis in original.]

The common purpose rule cast a very wide net in terms of accessorial responsibility. In order to attenuate the harshness of the rule the common law developed certain limitations to this broad principle. In order to ground liability for the crime committed as opposed to the crime contemplated the crime committed must have been considered by the accessory as a possible incident of the planned venture.

This limiting principle dates back to *Plummer's Case*, Kel J. 109, 84 E.R. 1103, in which a gang set out to transport wool illegally to France. They were intercepted by the police and a scuffle ensued. A gun was discharged by one of the gang killing not the police but another member of the gang. The question was whether the remaining

[TRANSDUCTION] Le seigneur *Dacre* et diverses autres personnes sont venus braconner des cerfs dans le parc d'un nommé *Pelham*, *Rayden* l'un des membres de la compagnie a tué le gardien du parc, le seigneur *Dacre* et le reste de la compagnie étant dans d'autres parties du parc, on a jugé qu'ils étaient tous coupables de meurtre et ils ont été exécutés en expiation de ce crime.

Foster écrivait en 1809 que l'intention spécifique exigée pour le meurtre était relâchée dans certains cas. À la p. 351 de l'ouvrage *Foster's Crown Law* (London 1809), il a dit:

[TRANSDUCTION] Mais si un fait équivalent à un meurtre devait être commis dans la poursuite d'une certaine fin illégale, *même s'il ne s'agissait que d'une simple entrée non autorisée*, à laquelle *A.* dans l'affaire mentionnée précédemment a consenti et qu'il a accompli dans le but de fournir de l'aide, le cas échéant, pour la perpétration du crime, cette situation équivaldrait à un meurtre de sa part, et de la part de chaque personne présente qui était avec lui . . .

Il est vrai qu'en l'espèce, il se peut qu'il n'y ait aucune intention malicieuse spéciale contre la victime, ni d'intention délibérée de *lui* faire du mal; mais si le fait a été commis dans la poursuite de la fin initiale, *qui était illégale*, l'ensemble du groupe sera impliqué dans la culpabilité de celui qui a porté le coup. Car dans des actions de ce genre, le coup mortel, même s'il a été porté par l'un des membres du groupe, est considéré aux yeux de la loi et également pour des motifs bien fondés, comme s'il avait été porté par chaque personne présente et qui donne son encouragement. [Italiques dans l'original]

La règle de l'objet commun a une très large portée en termes de responsabilité du complice. Afin d'atténuer la rigueur de la règle, la common law a élaboré certaines restrictions à ce principe étendu. En vue d'établir la responsabilité pour le crime qui a été perpétré par opposition au crime qui a été envisagé, celui qui a été perpétré doit avoir été considéré par le complice comme une conséquence possible de l'acte projeté.

Ce principe restrictif remonte à l'affaire *Plummer's Case*, Kel J. 109; 84 E.R. 1103, dans laquelle une bande avait entrepris de transporter illégalement de la laine en France. Ils avaient été arrêtés par la police et il y avait eu une bagarre. Un coup de feu tiré par un des membres de la bande avait tué non pas un policier mais un autre

members of the gang were guilty of the murder of one of their own.

It was agreed by the court that had one of the police been killed by the shot it would have been murder by all the gang. Similarly, if the shot had been intended for the police but had by accident struck one of the gang, that too would have been murder by each member of the gang. On the facts, however, the shot was not fired in furtherance of the purpose for which the gang had assembled. Rather, the inference was that the shot was fired at the deceased because it was believed that he had informed the police of the plan.

In my view, the common intent rule was specifically designed to determine liability in the kind of situation before the Court in the present appeal. Applying each of the constituent elements of s. 21(2) to the present case leads, in my view, to the conclusion that it was open to the jury to find that Kirkness was a party to the culpable homicide of the victim.

(a) *Intention in Common*

The first step in establishing liability under s. 21(2) is to show that the accused formed an intention in common with others to carry out an unlawful purpose and to assist them in achieving that purpose. This common intention need not be pre-planned in any way. It is sufficient, and the case law supports this proposition, that such intention arise just prior to or at the time of the commission of the offence. Indeed, the common design is usually implied from the facts. For example, in *R. v. Rice* (1902), 5 C.C.C. 509 (Ont. C.A.), leave to appeal refused (1902), 5 C.C.C. 529, the accused were being transported by cab from the courthouse to the jail during the course of their trial on charges of burglary. An unknown person threw a package into the cab which contained at least two revolvers. A struggle ensued and one of the prisoners shot a police officer, killing him. In upholding the jury's finding that the accused was guilty of the murder as a party Osler J.A. remarked at p. 523:

membre de la bande. La question était de savoir si les autres membres de la bande étaient coupables du meurtre d'un des leurs.

a La cour était d'avis que si un policier avait été tué par le coup de feu tous les membres de la bande auraient été coupables de meurtre. De même, si le coup de feu avait été destiné à un policier mais que, par accident, un membre de la bande avait été touché, chaque membre de la bande aurait également été coupable de meurtre. Toutefois, d'après les faits, le coup de feu n'avait pas été tiré pour servir la fin pour laquelle la bande était rassemblée. On avait déduit au contraire que b le coup de feu avait été tiré sur la victime parce c qu'on croyait qu'il avait informé la police du projet.

d À mon avis, la règle de l'objet commun a été précisément conçue pour déterminer la responsabilité dans le genre de situation qui est présentée à la Cour dans le présent pourvoi. Si l'on applique chacune des composantes du par. 21(2) à l'espèce, on arrive, à mon avis, à la conclusion que le jury e pouvait conclure que Kirkness était partie à l'homicide coupable de la victime.

a) *L'intention commune*

f Pour établir la responsabilité aux termes du par. 21(2), la première étape est de démontrer que l'accusé avait formé avec d'autres personnes le projet de poursuivre une fin illégale et de les aider à réaliser cette fin. Il n'est pas nécessaire que cette g fin commune soit planifiée d'avance. Il suffit, et la jurisprudence appuie cette position, que l'intention prenne naissance juste avant la perpétration de l'infraction ou au moment de celle-ci. En réalité, la fin commune est habituellement déduite des faits. h Par exemple, dans l'arrêt *R. v. Rice* (1902), 5 C.C.C. 509 (C.A. Ont.), dont l'autorisation de pourvoi a été refusée (1902), 5 C.C.C. 529, les accusés étaient transportés par taxi du palais de justice à la prison pendant leur procès sur des i accusations de cambriolage. Un inconnu a lancé dans le taxi un colis qui contenait au moins deux revolvers. Il y a eu une bagarre et un des prisonniers a tiré sur un agent de police et l'a tué. En maintenant la conclusion du jury selon laquelle j l'accusé était coupable de meurtre à titre de participant, le juge Osler a fait remarquer à la p. 523:

The common design might certainly be formed as soon as the prisoners found that weapons suitable as means of effecting an escape were in their possession; and the evidence, as reported in the case, supports the inference that there was a common design to effect an unlawful purpose by violent means.

In my opinion, there is no question that a common purpose was shared by Snowbird and Kirkness in this case. Where one has aided or abetted in the commission of an offence, there can be little doubt that a shared intention to effect an unlawful purpose existed. In this case Kirkness was a principal in the break and enter. By his own admission Snowbird asked him to come along in the plan to rob the house. He agreed. Moreover, it was he who effected the break and enter by prying open a window at the back of the house with a handle off a garden tool. It was he who first entered and let Snowbird in through the back door. There is not a scintilla of evidence to suggest that the accused did not share an intention in common with Snowbird. The more troublesome question to my mind is the nature of the unlawful purpose to which they had agreed.

(b) *Unlawful Purpose*

The nature of the unlawful purpose will often be determinative of whether an accused will be held responsible for the subsequent acts of the principal. Suppose, for instance, that the original unlawful purpose agreed upon by the common intenders was a robbery of a store without the use of violence or weapons. Unbeknownst to the others, the principal suddenly produces a pistol and kills the shopkeeper. When the finder of fact comes to determine whether the killing of the shopkeeper was a probable consequence of the robbery about which the alleged accessories knew or ought to have known, the original plan not to use violence is obviously key.

In determining the contours of the unlawful purpose the propensity for violence of each or any of the common intenders is relevant. In *R. v. Govedarov, Popovic and Askov* (1974), 16 C.C.C. (2d) 238 (Ont. C.A.), Martin J.A. indicated that if during the course of a robbery one of the partici-

[TRANSDUCTION] Le projet commun a certainement pu être formé dès que les prisonniers se sont rendus compte qu'ils avaient en leur possession des armes qui pouvaient leur permettre de s'évader; et la preuve, mentionnée dans le dossier, appuie l'argument selon lequel il y avait un projet commun de poursuivre une fin illégale de façon violente.

À mon avis, on ne peut douter que Snowbird et Kirkness avaient formé ensemble un projet en l'espèce. Lorsque l'un d'eux a aidé ou encouragé l'autre à la perpétration d'une infraction, il n'y a aucun doute qu'il existait une intention commune de poursuivre une fin illégale. En l'espèce, Kirkness était l'auteur principal de l'introduction par effraction. De son propre aveu, Snowbird lui a demandé de participer au projet de cambrioler la maison. Il a accepté. De plus, c'est lui qui a effectué l'introduction par effraction en ouvrant une fenêtre à l'arrière de la maison avec le manche d'un outil de jardinage. C'est lui qui est entré le premier et qui a fait entrer Snowbird par la porte de derrière. Il n'existe pas la moindre preuve que l'accusé n'avait pas formé de projet avec Snowbird. À mon avis, la question la plus difficile porte sur la nature de la fin illégale dont ils avaient convenu.

b) *La fin illégale*

La nature de la fin illégale sera souvent déterminante pour répondre à la question de savoir si un accusé doit être tenu responsable des actes subséquents de l'auteur principal. Supposons, par exemple, que la fin illégale initiale convenue par les personnes qui ont formé le projet était le vol d'un magasin, sans violence ni arme. À l'insu des autres, l'auteur principal sort un pistolet et tue le commerçant. Lorsque le juge des faits doit déterminer si le meurtre du commerçant était une conséquence probable du vol que les présumés complices connaissaient ou auraient dû connaître, le projet initial de ne pas employer de violence est de toute évidence très important.

Pour déterminer les limites de la fin illégale, il est pertinent d'examiner la tendance à la violence de chacune des personnes qui ont formé ensemble le projet. Dans l'arrêt *R. v. Govedarov, Popovic and Askov* (1974), 16 C.C.C. (2d) 238 (C.A. Ont.), le juge Martin a indiqué que, si pendant un

pants is informed that another of the participants is an extremely violent person, the failure of the first person to withdraw may be taken as an indication that he intended that resort to violence, if necessary, was part of the intended unlawful purpose. See also: *R. v. Viger* (1985), 36 C.C.C. (3d) 18 (H.C.).

Was there any indication in this case that resort to violence might occur in carrying out the common purpose? I think there was. First, Kirkness told the police that he had effected entry into the dwelling of Mrs. Johnson with the use of a garden tool handle. Kirkness brought the broken handle into the house with him and gave it to Snowbird when he let him inside. The retention of this weapon provides some indication that violence could have been contemplated by these two men.

The behaviour of Snowbird himself is relevant to this determination as well. What started out as a "simple" break and enter immediately escalated into a crime of personal violence the moment Snowbird discovered a female person in the house. If this horrific behaviour on the part of Snowbird was not initially contemplated by Kirkness when the break and enter first began, it certainly was understood by him to be part of the overall purpose once it started. For the reasons already discussed, it is arguable that Kirkness not only acquiesced, he assisted in the commission of this crime. While the issue is of course a matter for the jury, it seems hard to believe that the perpetration of acts of physical violence was not part and parcel of the unlawful purpose in the minds of both accused.

(c) *Knew or Ought to Have Known of the Probable Commission of the Offence*

Section 21(2) of the *Code* deems a party criminally liable for the acts of the principal offender when the accused knew or ought to have known of the probable commission of the acts which constitute the offence. There are two elements to this last branch of s. 21(2): (i) the commission of the ultimate offence has to be probable; and (ii) the

vol l'un des participants est informé qu'un autre des participants est une personne extrêmement violente, le fait que la première personne ne se retire pas peut être considéré comme une indication qu'elle était d'avis que le recours à la violence, si nécessaire, faisait partie de la fin illégale projetée. Voir également: *R. v. Viger* (1985), 36 C.C.C. (3d) 18 (H.C.).

En l'espèce, y avait-il une indication d'un recours possible à la violence dans la poursuite de la fin illégale? À mon avis, il y en avait. Premièrement, Kirkness a dit aux policiers qu'il était entré dans la maison de M^{me} Johnson en utilisant un manche d'outil de jardinage. Kirkness a emporté avec lui dans la maison le manche brisé et l'a donné à Snowbird lorsqu'il l'a fait entrer. Le fait d'avoir gardé cette arme fournit une certaine indication que ces deux hommes pouvaient avoir envisagé d'avoir recours à la violence.

Le comportement de Snowbird lui-même est également pertinent sur ce point. Ce qui avait débuté comme une «simple» introduction par effraction s'est immédiatement transformé en crime de violence contre la personne dès que Snowbird a découvert une femme dans la maison. Si Kirkness n'avait pas au départ imaginé le comportement horrible de Snowbird au début de l'introduction par effraction, il a certainement compris dès qu'il a commencé qu'il faisait partie de la fin illégale globale. Pour les motifs que j'ai déjà analysés, on peut soutenir que Kirkness n'a pas seulement acquiescé, mais a aidé à la perpétration de ce crime. Bien qu'il appartienne évidemment au jury de se prononcer sur la question, il semble difficile de croire que la perpétration d'actes de violence physique ne faisait pas partie de la fin illégale dans l'esprit des deux accusés.

(c) *Savait ou devait savoir que l'infraction serait probablement commise*

Le paragraphe 21(2) du *Code* présume qu'une partie est criminellement responsable des actes de l'auteur principal lorsque l'accusé savait ou devait savoir que les actes qui constituent l'infraction seraient probablement perpétrés. Il y a deux éléments dans ce dernier volet du par. 21(2): (i) la perpétration de l'infraction finale était probable; et

accused must know or ought to have known of this probability.

The first question to be asked is whether the killing of the victim was a probable consequence of the unlawful purpose. If the jury determined that the unlawful purpose encompassed only the breaking and entering it would be hard to justify a finding that the death of the occupant was a probable consequence of that purpose. If, however, the jury determined that the unlawful purpose encompassed also acts of physical violence against the occupant, then the route to party liability on the part of Kirkness is much clearer. Apart from the particular circumstances surrounding this series of events, it seems to me that violence so often accompanies sexual crimes that it is implicit in the very nature of the offence that some harm short of death is probable. This is so, in my opinion, whenever the common unlawful purpose contemplates physical interference with a person. There may, of course, be situations where the level of physical violence contemplated is so minimal that serious bodily harm is merely a possibility rather than a probability. And it may indeed be the case that this observation would hold true even in some situations where the unlawful purpose is an assault of a sexual nature. While I personally would not have thought that what occurred in this case is one of those instances, the question whether the causing of bodily harm short of death was a probable consequence of the sexual offence committed against Elizabeth Johnson was for the jury to decide.

Did the accused Kirkness know, or ought he to have known, that this consequence of bodily harm was probable? As the accused did not testify, his awareness has to be gleaned from his actions. Setting aside the standard of objective foreseeability, the question becomes whether Kirkness did not know that Elizabeth Johnson would suffer bodily harm from the assault. While he objected to Snowbird's strangling the victim, he did not appear to be shocked or appalled at the spectacle. He merely indicated that the attack had gone too far. His behaviour in this regard, coupled with the fact that he was aware that the victim was old and frail,

(ii) l'accusé savait ou aurait dû savoir que cette probabilité existait.

La première question à poser est de savoir si le décès de la victime était une conséquence probable de la fin illégale. Si le jury décidait que la fin illégale ne visait que l'introduction par effraction il serait difficile de justifier la conclusion que la mort de l'occupante était une conséquence probable de cette fin. Toutefois, si le jury décidait que la fin illégale visait également des actes de violence physique contre l'occupante, alors la voie à suivre pour déterminer la responsabilité de Kirkness comme participant à l'infraction serait beaucoup plus claire. Outre les circonstances particulières entourant cette série d'événements, il me semble que la violence accompagne si souvent les crimes d'ordre sexuel qu'il est implicite dans la nature même de l'infraction que des blessures, sinon la mort, sont probables. À mon avis, c'est le cas lorsque le projet de fin illégale envisage un acte physique contre une personne. Évidemment, il peut y avoir des situations dans lesquelles le niveau de violence physique envisagée est tellement minime que des lésions corporelles graves sont une simple possibilité plutôt qu'une probabilité. Et en fait il se peut que cette remarque soit vraie même dans certaines situations où la fin illégale est une agression de nature sexuelle. Bien que personnellement je ne penserais pas que ce qui ressort de cette affaire soit l'un de ces cas, il appartenait au jury de trancher la question de savoir si l'infliction de lésions corporelles susceptibles d'entraîner la mort était une conséquence probable de l'infraction sexuelle commise contre Elizabeth Johnson.

L'accusé Kirkness savait-il ou devait-il savoir que cette conséquence des lésions corporelles était probable? Étant donné que l'accusé n'a pas témoigné, il faut répondre à la question d'après ses actes. Si l'on écarte la norme de prévisibilité objective, la question devient celle de savoir si Kirkness ne savait pas que Elizabeth Johnson subirait des lésions corporelles par suite de l'agression. Bien qu'il se soit opposé à la strangulation de la victime par Snowbird, il n'a pas paru choqué ni consterné par le spectacle. Il a simplement indiqué que l'agression était allée trop loin. Son comportement à cet égard, ajouté au fait qu'il savait que la

leaves it an open question for the jury as to whether or not this branch of the s. 21(2) test was met.

5. Abandonment

As with other criminal offences, an accused whose liability is established under the provisions applicable to parties will still have open to him a number of defences. In the context of accomplice liability, however, the defence of abandonment is particularly crucial. According to this defence an accused may absolve himself of criminal liability for the acts of the principal if he can show that he abandoned his purpose to assist in the commission of a criminal offence. Because of my conclusion respecting the appropriate disposition of this appeal, I include here a discussion of the elements of this defence.

While the defence of abandonment is available to an accused charged under either subs. (1) or (2), the defence has usually been applied in Canada to the common intent provision. For instance, this Court considered the availability of this defence in *Henderson v. The King*, [1948] S.C.R. 226. In that case, the trial judge had not adequately put the accused's defence of abandonment to the jury and a new trial on a charge of murder was ordered. In the course of his reasons Taschereau J. referred to the test of abandonment as stated by Sloan J.A. in *R. v. Whitehouse* (1940), 55 B.C.R. 420, at p. 425:

After a crime has been committed and before a prior abandonment of the common enterprise may be found by a jury there must be, in my view, in the absence of exceptional circumstances, something more than a mere mental change of intention and physical change of place by those associates who wish to dissociate themselves from the consequences attendant upon their willing assistance up to the moment of the actual commission of that crime. I would not attempt to define too closely what must be done in criminal matters involving participation in a common unlawful purpose to break the chain of causation and responsibility. That must depend upon the circumstances of each case but it seems to me that one essential element ought to be established in a case of

victime était âgée et fragile, laisse au jury le soin de répondre à la question de savoir si ce volet du critère du par. 21(2) a été satisfait.

a 5. La renonciation à l'intention

Comme dans le cas d'autres infractions criminelles, l'accusé dont la responsabilité est démontrée aux termes des dispositions applicables aux participants à une infraction aura encore à sa disposition un certain nombre de moyens de défense. Toutefois, dans le contexte de la responsabilité de complice, le moyen de défense de la renonciation est particulièrement important. Selon ce moyen de défense, un accusé peut se dégager de la responsabilité criminelle à l'égard des actes de l'auteur principal s'il peut démontrer qu'il a abandonné le projet de l'aider à commettre une infraction criminelle. En raison de ma conclusion sur la façon de trancher le présent pourvoi, j'ajoute ici une analyse des éléments de ce moyen de défense.

Bien qu'une personne inculpée aux termes du par. (1) ou (2) puisse invoquer le moyen de défense de la renonciation, ce moyen a été appliqué habituellement au Canada à la disposition relative à la fin commune. Par exemple, notre Cour a examiné la possibilité d'invoquer ce moyen de défense dans l'arrêt *Henderson v. The King*, [1948] R.C.S. 226. Dans cette affaire, le juge du procès n'avait pas exposé de façon adéquate au jury le moyen de défense de la renonciation de l'accusé et un nouveau procès sur l'accusation de meurtre avait été ordonné. Dans ses motifs, le juge Taschereau a mentionné le critère de la renonciation invoqué par le juge Sloan dans l'arrêt *R. v. Whitehouse* (1940), 55 B.C.R. 420, à la p. 425:

[TRADUCTION] Lorsqu'un crime a été commis et avant qu'un jury puisse conclure à la renonciation préalable à l'entreprise commune, il doit y avoir, à mon avis, en l'absence de circonstances exceptionnelles, quelque chose de plus que le changement mental de l'intention et que le changement physique d'endroit de la part des associés qui veulent se dissocier des conséquences de leur aide volontaire jusqu'au moment de la perpétration réelle de ce crime. Je ne suis pas d'avis de tenter de définir de manière trop précise ce qui doit être fait dans des affaires criminelles concernant la participation à une fin illégale commune pour briser le lien de causalité et de responsabilité. Cela doit dépendre des circonstances de chaque cas mais il me semble qu'un élément essentiel

this kind: where practicable and reasonable there must be timely communication of the intention to abandon the common purpose from those who wish to dissociate themselves from the contemplated crime to those who desire to continue in it. What is "timely communication" must be determined by the facts of each case but where practicable and reasonable it ought to be such communication, verbal or otherwise, that will serve unequivocal notice upon the other party to the common unlawful cause that if he proceeds upon it he does so without the further aid and assistance of those who withdraw. The unlawful purpose of him who continues alone is then his own and not one in common with those who are no longer parties to it nor liable to its full and final consequences.

In that case three young men arranged to hold up one Ingram, a local merchant. One of the men approached Ingram with an iron pipe which was covered with a piece of hose. Just as he got near him the other two young men ran away. The pipe was later found with human blood on it. Ingram died some time later. At the trial the judge instructed the jury that they must consider only two elements in order to find abandonment: (1) a change of mental intention; and (2) quitting the scene before the crime was finally consummated. Sloan J.A. held that the trial judge erred for the reasons I have quoted above.

Whitehouse was followed by this Court in *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, in which two accused were charged with the murder of a police officer. They had been out drinking and were discussing their animosity towards the police. They talked of shooting a police officer. They then left the tavern with a loaded rifle and proceeded to drive around in an erratic manner so as to attract the attention of the police. Miller was at the wheel. Cockriell threw a beer bottle at the local court house. The pair were subsequently stopped by the police. As the officer approached the car Cockriell pulled the trigger on the rifle which had been sitting in Miller's lap.

The Court found that there was no evidence to support a defence of abandonment. Ritchie J. followed the words of Sloan J.A. in *Whitehouse* and

devrait être établi dans un cas de ce genre: lorsque cela est possible et raisonnable, ceux qui désirent se dissocier du crime envisagé doivent communiquer en temps utile leur intention d'abandonner la fin commune à ceux qui désirent continuer dans sa réalisation. Ce qui constituerait une communication «en temps utile» doit être déterminé par les faits de chaque cas mais lorsque c'est possible et raisonnable cette communication doit être verbale ou autre et servira d'avis non équivoque à l'autre partie à la fin illégale commune que si elle continue dans la réalisation de celle-ci, elle le fera sans autre aide et appui de ceux qui se retirent. La fin illégale de celui qui continue seul lui revient alors entièrement et n'est pas commune à ceux qui désormais n'y participent plus et ne sont donc plus responsables de ses conséquences finales.

Dans cette affaire, trois jeunes hommes avaient pris des dispositions pour voler un certain Ingram, un marchand local. L'un des hommes s'était approché de Ingram avec un tuyau de fer couvert d'un boyau. Lorsqu'il s'était approché de lui les deux autres jeunes hommes s'étaient sauvés. Plus tard, on a trouvé le tuyau maculé de sang humain. Ingram est mort quelque temps plus tard. Au procès, le juge a exposé au jury qu'il ne devait tenir compte que de deux éléments pour conclure à la renonciation: (1) un changement mental d'intention; et (2) le fait de quitter le lieu du crime avant qu'il soit perpétré. Le juge Sloan a conclu que le juge du procès avait commis une erreur pour les motifs que j'ai cités précédemment.

L'arrêt *Whitehouse* a été suivi par notre Cour dans l'arrêt *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, où deux accusés avaient été inculpés du meurtre d'un policier. Ils avaient bu, discuté de leurs différends avec les policiers et avaient parlé d'abattre un policier. Ils avaient ensuite quitté la taverne avec un fusil chargé et avaient cherché à attirer l'attention des policiers en conduisant d'une façon désordonnée. Miller était au volant. Cockriell avait lancé une bouteille de bière sur le palais de justice local. Par la suite, les deux hommes avaient été interpellés par les policiers. Comme un agent s'approchait de la voiture, Cockriell avait appuyé sur la gâchette du fusil qui se trouvait sur les genoux de Miller.

La Cour a conclu qu'aucun élément de preuve n'appuyait le moyen de défense de la renonciation. Le juge Ritchie a suivi les propos du juge Sloan

held that there was no clear evidence that the intention to abandon the common purpose had been communicated. Ritchie J. also referred with approval to the decision of the Court of Criminal Appeal in *R. v. Becerra and Cooper* (1975), 62 Cr. App. R. 212, in which the appellant had broken into a house with two other men. When they entered the house Becerra was carrying a knife. Cooper, one of the other accused, knew that Becerra was in possession of this weapon. He had asked to borrow it to cut the telephone wires leading to the house. The three men entered by the window. The occupant of the house, an elderly lady, began switching the bedroom light on and off, presumably to attract attention so that help might arrive. Cooper punched her and covered her head with a pillow. Becerra cut the wires of the telephone at the bedside.

Cooper then took the knife and went into the kitchen. Mr. Lewis, a neighbour, upon hearing the commotion below came downstairs. Becerra and the third man heard him, climbed out the window, and ran away. A struggle between Cooper and Lewis ensued. Lewis was stabbed four times and died as a consequence. Becerra was indicted for the murder of Lewis and convicted. He appealed his conviction on the ground that the trial judge erred in failing to properly put the defence of abandonment to the jury. The gist of his complaint was that the trial judge instructed the jury that the defence was not available to an accused who, in providing a weapon which he knows is for the purpose of at least occasioning bodily harm, merely quits the scene. The trial judge in fact went further and suggested that there was some obligation on Becerra to physically intervene in order to dissociate himself from Cooper's act.

The Court of Appeal unanimously upheld Becerra's conviction. Drawing upon the words of Sloan J.A. in *Whitehouse* the court found that Becerra was legally responsible for the acts of Cooper. The Court of Appeal did not find it

dans l'arrêt *Whitehouse* et a conclu qu'aucune preuve n'indiquait clairement que l'intention de renoncer à la fin commune avait été communiquée. Le juge Ritchie a également mentionné et approuvé l'arrêt de la Court of Criminal Appeal *R. v. Becerra and Cooper* (1975), 62 Cr. App. R. 212. Dans cette affaire, l'appelant était entré dans une maison avec deux autres hommes. Lorsqu'ils étaient entrés dans la maison, Becerra avait un couteau. Cooper, l'un des autres accusés, le savait. Il le lui avait emprunté pour couper les fils du téléphone de la maison. Les trois hommes étaient entrés par la fenêtre. La personne qui se trouvait dans la maison, une dame âgée, a commencé à faire clignoter la lumière de la chambre, vraisemblablement pour attirer l'attention et obtenir du secours. Cooper l'a frappée et lui a couvert la tête avec un oreiller. Becerra a coupé les fils du téléphone près du lit.

Cooper a ensuite pris le couteau et est allé dans la cuisine. M. Lewis, un voisin, a entendu l'agitation à l'étage inférieur et est descendu. Becerra et le troisième homme l'ont entendu, et se sont enfuis par la fenêtre. Il s'ensuivit une bagarre entre Cooper et Lewis. Lewis a été poignardé quatre fois et est mort par la suite. Becerra a été accusé du meurtre de Lewis et a été déclaré coupable. Il a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité pour le motif que le juge du procès avait commis une erreur en ne donnant pas de directives appropriées au jury sur le moyen de défense de la renonciation. Son reproche portait essentiellement sur le fait que le juge du procès avait exposé au jury que le moyen de défense ne pouvait pas être invoqué par un accusé qui, ayant fourni une arme qu'il savait pouvoir servir au moins à causer des lésions corporelles, quitte simplement le lieu du crime. En fait, le juge du procès était allé plus loin et avait laissé entendre que Becerra avait une certaine obligation d'intervenir physiquement pour se dissocier de l'acte de Cooper.

La Cour d'appel, à l'unanimité, a maintenu la déclaration de culpabilité de Becerra. Sur le fondement des termes du juge Sloan dans l'arrêt *Whitehouse*, la cour a conclu que Becerra était légalement responsable des actes de Cooper. La Cour

necessary to decide whether the accused needed to physically intervene. Roskill L.J. said at p. 219:

On the facts of this case, in the circumstances then prevailing, the knife having already been used and being contemplated for further use when it was handed over by Becerra to Cooper for the purpose of avoiding (if necessary) by violent means the hazards of identification, if Becerra wanted to withdraw at that stage, he would have to "countermand", to use the word that is used in some of the cases or "repent" to use another word so used, in some manner vastly different and vastly more effective than merely to say "Come on, let's go" and go out through the window.

Commentators on the defence of abandonment appear to agree that a defendant will be held to a different standard depending upon the degree of his participation in the crime. Glanville Williams has suggested that where a defendant has acted positively to assist a crime beyond merely inciting or encouraging it, he must do his best to prevent its commission in order to escape liability. He says that the defendant must warn the victim or do something short perhaps of going to the police. This restriction upon the right of withdrawal is, he contends, an exception to the usual requirement that *mens rea* and *actus reus* be contemporaneous. "In effect the defendant is made liable for negligence in failing to prevent the crime": *Textbook of Criminal Law* (London 1983), at p. 364. This distinction has also been recognized by Professor Lanham ("Accomplices and Withdrawal" (1981), 97 *L.Q. Rev.* 575). He too states as a principle that "Where the act [of] participation goes beyond encouragement, mere countermand may not be sufficient to exculpate the accused" (at p. 591).

Certain factors have been recognized as relevant to the determination of whether an accused's intention has been legally abandoned. Professor Lanham lists the questions to be considered by the court as follows at p. 575:

d'appel n'a pas jugé nécessaire de répondre à la question de savoir si l'accusé devait intervenir physiquement. Le lord juge Roskill a dit à la p. 219:

[TRADUCTION] D'après les faits de l'espèce, dans ces circonstances, le couteau ayant déjà été utilisé et étant conservé pour un usage ultérieur lorsqu'il a été confié par Becerra à Cooper dans le but d'éviter (si nécessaire) par des moyens violents les risques de l'identification, si Becerra avait voulu se retirer à ce moment-là, il aurait dû donner un «contre-ordre», pour employer un terme qui est utilisé dans certains arrêts, ou «se repentir», pour employer un autre terme qui est utilisé, ce qui est très différent et beaucoup plus efficace que simplement dire «allons, partons» et sortir par la fenêtre.

Les auteurs qui ont étudié le moyen de défense de la renonciation paraissent convenir qu'un défendeur sera tenu de satisfaire à une norme différente selon son degré de participation au crime. Glanville Williams a laissé entendre que lorsqu'un défendeur a fait quelque chose pour aider quelqu'un à perpétrer un crime, au-delà de la simple incitation et du simple encouragement, il doit faire son possible pour empêcher la perpétration du crime afin de ne pas en être tenu responsable. Il a dit que le défendeur doit avertir la victime ou accomplir un geste qui n'irait peut-être pas jusqu'à se rendre à la police. Il soutient que cette limite au droit de se retirer est une exception à l'exigence habituelle selon laquelle la *mens rea* et l'*actus reus* doivent être simultanés. [TRADUCTION] «En réalité, le défendeur est tenu responsable de la négligence à prévenir le crime.» (*Textbook of Criminal Law* (London 1983)) à la p. 364. Cette distinction a également été reconnue par le professeur Lanham («Accomplices and Withdrawal» (1981), 97 *L.Q. Rev.* 575). Il a également affirmé à titre de principe que [TRADUCTION] «Lorsque l'acte de participation va plus loin que l'encouragement, il se peut qu'un simple contre-ordre ne soit pas suffisant pour disculper l'accusé» (à la p. 591).

Certains facteurs ont été reconnus comme pertinents pour répondre à la question de savoir si un accusé a légalement renoncé à son intention. Le professeur Lanham énumère les points à considérer par le tribunal de la manière suivante à la p. 575:

1. Must withdrawal be voluntary?
2. Is countermand necessary?
3. Is countermand sufficient?
4. Must countermand be express?
5. Must withdrawal be timely?
6. Is attempted withdrawal sufficient?
7. Must countermand be communicated to all principals?

Put more succinctly, the issue is, as Professor Manson says, the quality of the withdrawal. In "Re-codifying Attempts, Parties, and Abandoned Intentions" (1989), 14 *Queen's L.J.* 85, he put the matter this way at p. 95:

Looking at the defence of abandoned intention in respect of parties, the key issues relate to the quality of withdrawal from the original plan and whether more is required to exculpate. These questions take on different significance depending on the form of accomplice liability in issue and the particular circumstances of a given case.

I agree that it would not only be impossible but also inadvisable for the Court to attempt to set down precisely what should be required of an accused in order to demonstrate that he or she has withdrawn as an accomplice to an offence. I agree with Professor Manson that the issue is the quality of the withdrawal in relation to both the offence and the type of criminal participation in which the party has engaged. Of course, attempts to stop or prevent the commission of a crime which are insufficient to exculpate an accused may always be taken into consideration on sentencing: see Wasik, "Abandoning Criminal Intent", [1980] *Crim. L. Rev.* 785.

In this case it was open to the jury to find that the participation of Kirkness went beyond mere encouragement. He had physically placed a chair in front of the door to prevent their activities in the house from being discovered. What evidence could the jury have relied upon to support a conclusion that he had effectively withdrawn himself? Kirkness took no steps to remove the chair or to otherwise intervene in Snowbird's domination of the victim. The only action upon which the accused relies to demonstrate his withdrawal is his

[TRANSDUCTION]

1. Le retrait doit-il être volontaire?
2. Un contre-ordre est-il nécessaire?
3. Le contre-ordre est-il suffisant?
4. Le contre-ordre doit-il être exprès?
5. Le retrait doit-il être fait en temps utile?
6. Une tentative de retrait est-elle suffisante?
7. Le contre-ordre doit-il être communiqué à tous les auteurs principaux?

En bref, comme l'a dit le professeur Manson, la question est la qualité du retrait. Dans l'article «Re-codifying Attempts, Parties, and Abandoned Intentions» (1989), 14 *Queen's L.J.* 85, il a présenté la question de la manière suivante, à la p. 95:

Si l'on examine le moyen de défense de l'intention abandonnée à l'égard des participants, les questions principales concernent la qualité du retrait du projet initial et la question de savoir s'il faut davantage pour se disculper. Ces questions ont une signification différente selon la forme considérée de responsabilité à titre de complice et les circonstances particulières d'une affaire.

Je suis d'accord qu'il serait non seulement impossible mais également inopportun pour le tribunal de tenter d'établir de manière précise ce qui devrait être exigé d'un accusé pour démontrer qu'il s'est retiré en tant que complice à une infraction. Je souscris à l'opinion du professeur Manson selon laquelle la question concerne la qualité du retrait relativement à l'infraction et au genre de participation criminelle adoptée par le participant. Évidemment, lors de la détermination de la peine, on pourra toujours tenir compte des tentatives faites pour arrêter ou empêcher la perpétration d'un crime qui sont néanmoins insuffisantes pour disculper un accusé: voir Wasik, «Abandoning Criminal Intent», [1980] *Crim. L. Rev.* 785.

En l'espèce, le jury pouvait conclure que la participation de Kirkness allait plus loin que le simple encouragement. Il avait matériellement placé une chaise devant la porte pour empêcher qu'on découvre leurs activités dans la maison. Sur quel élément de preuve le jury aurait-il pu se fonder pour conclure qu'il s'était effectivement retiré? Kirkness n'a rien fait pour enlever la chaise ou pour intervenir de quelque manière relativement à la domination de la victime par Snowbird. Le seul acte sur lequel l'accusé se fonde pour

act of saying to Snowbird, "stop that, you'll kill her". The question for the jury is whether this statement, if believed, is sufficient to negate Kirkness' participation in the crime.

6. Distinguishing Subs. 21(1) From Subs. 21(2)

The foregoing summary of the relevant law indicates, I believe, that there were two avenues along which the jury could have reached a conclusion that Kirkness was responsible in law for the death of Elizabeth Johnson. I wish to add a few remarks concerning the difference between the subs. (1) and subs. (2) routes.

According to Gillies on *Criminal Law* (Sydney 1985), at p. 140, the common intender rule was developed to simplify the rules of accessory liability for juries and was not created as an additional basis upon which to ground criminal liability. On the other hand, this Court has stated that subs. (1) and (2) of s. 21 are conceptually distinct. The essential difference between them was explained by McIntyre J., writing for the Court, in *R. v. Simpson*, [1988] 1 S.C.R. 3. He said at p. 15:

The two subsections of s. 21 deal with different circumstances. Subsection (1) applies to make everyone a party to an offence who commits it or who aids and abets in its commission. Subsection (2) covers the case where, in the absence of aiding and abetting, a person may become a party to an offence committed by another which he knew or ought to have known was a probable consequence of carrying out an unlawful purpose in common with the actual perpetrator.

Rose put the matter similarly at p. 65:

[Section 22(2)] is quite plainly intended to provide liability in the case of *consequential* offences which were not committed nor aided or abetted by the accused, but which *resulted* from the prosecution of the *original* offence . . . [Emphasis in original.]

It is my view that since aiders and abettors have been treated differently from common intenders by Parliament, some difference between these two subsections must be recognized.

démontrer sa renonciation est le fait qu'il ait dit à Snowbird, «arrête, tu vas la tuer». La question posée au jury est de savoir si cette déclaration, si on y accorde foi, est suffisante pour écarter la participation de Kirkness dans le crime.

6. Distinction entre le par. 21(1) et le par. 21(2)

Le résumé qui précède relativement au droit pertinent indique, à mon avis, que le jury pouvait arriver de deux façons à la conclusion que Kirkness était responsable en droit du décès d'Elizabeth Johnson. Je désire ajouter quelques observations concernant la différence qui existe entre le par. (1) et le par. (2).

Selon Gillies dans *Criminal Law* (Sydney 1985) à la p. 140, la règle des personnes qui forment un projet en commun a été élaborée pour simplifier les règles de responsabilité des complices pour les jurys et n'a pas été créée comme moyen additionnel d'établir la responsabilité criminelle. Par ailleurs, notre Cour a dit que les par. (1) et (2) de l'art. 21 énoncent des concepts distincts. Le juge McIntyre a expliqué quelle était la différence essentielle entre eux, dans les motifs qu'il a rédigés au nom de la Cour dans l'arrêt *R. c. Simpson*, [1988] 1 R.C.S. 3. Il a dit à la p. 15:

Les deux paragraphes de l'art. 21 traitent de circonstances différentes. Le paragraphe (1) s'applique de façon à rendre partie à une infraction quiconque la commet ou aide ou encourage à la commettre. Le paragraphe (2) s'applique au cas où, bien qu'il n'y ait ni aide ni encouragement, une personne peut devenir partie à l'infraction commise par quelqu'un d'autre lorsqu'elle sait ou aurait dû savoir que l'infraction serait une conséquence probable de la poursuite d'une fin commune illégale avec celui qui l'a effectivement perpétrée.

Rose énonce la question d'une manière semblable à la p. 65:

[TRADUCTION] [Le paragraphe 22(2)] est de toute évidence destiné à prévoir la responsabilité dans le cas d'infractions *résultantes* que l'accusé n'a ni commises ni aidées ni encouragées mais qui *résultaient* de la poursuite de l'infraction *initiale* . . . [Italiques dans l'original.]

À mon avis, puisque les personnes qui aident et qui encouragent ont été traitées par le législateur de manière différente de celles qui forment ensemble un projet commun, il faut reconnaître une certaine différence entre ces deux paragraphes.

On the other hand, circumstances may undoubtedly arise in which it will be difficult to distinguish the applicability of the two subsections. Where an accused has aided or abetted the commission of some crime, party liability under subs. (1) follows where the crime which is ultimately committed is of the same type as the one in which the accused has assisted. Under subs. (2), on the other hand, party liability follows upon a finding that the offence actually committed was one which the accused knew or ought to have known would be a probable consequence of the commission of the contemplated offence in which he assisted. The difficult task for the jury in such cases is to distinguish between when the crime actually committed is of a similar type to that contemplated and when the crime actually committed is a probable consequence of the crime contemplated.

In my view, the difference between the two is that the doctrine of similarity was not intended to include situations where the principal committed another offence, even a probable one, in order to cover up his crime or to facilitate his escape. I believe that, in order to be an offence "of the type" within the meaning of s. 21(1), the committed offence must not only be similar but must be sufficiently contemporaneous with the contemplated offence. Section 21(2) is, in my view, reserved for those instances where there has been a break in time between the two offences and the offence actually committed follows after but as a consequence of the offence originally planned.

7. Did the Trial Judge Err in His Charge?

Contrary to the view expressed by my colleague Cory J., I do not believe that the trial judge adequately instructed the jury with regard to the possibility of convicting the appellant of manslaughter. The most telling evidence of this, in my view, is that the jury twice asked for clarification of the charge. Clearly, confusion existed.

Par ailleurs, il peut sans doute survenir des circonstances dans lesquelles il sera difficile d'établir une distinction entre l'applicabilité des deux paragraphes. Lorsqu'un accusé a aidé ou encouragé une autre personne à perpétrer un certain crime, il est tenu responsable à titre de participant au terme du par. (1) lorsque le crime finalement commis est du même genre que celui auquel l'accusé a fourni de l'aide. Aux termes du par. (2), par ailleurs, la responsabilité à titre de participant découle de la conclusion que l'accusé savait ou devait savoir que l'infraction réellement commise serait une conséquence probable de la perpétration de l'infraction projetée à laquelle il a apporté son aide. La tâche difficile qui incombe au jury dans de tels cas est d'établir une distinction entre le cas où le crime qui a réellement été commis est d'un genre semblable à celui qui était envisagé et le cas où le crime réellement commis est une conséquence probable du crime projeté.

À mon avis, la différence entre les deux tient à ce que la théorie du caractère similaire n'était pas destinée à viser les situations où l'auteur principal a commis une autre infraction, même si elle était probable, de manière à dissimuler son crime ou à faciliter son évasion. Je crois que, aux fins du par. 21(1), pour être «du même genre», il faut que l'infraction commise soit non seulement semblable à l'infraction envisagée mais aussi suffisamment contemporaine. Le paragraphe 21(2) est, à mon avis, réservé aux cas où il y a eu une rupture temporelle entre les deux infractions et où l'infraction réellement commise suit la première, mais comme conséquence de l'infraction initialement projetée.

7. Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans son exposé?

Contrairement à l'opinion exprimée par mon collègue le juge Cory, je ne crois pas que le juge du procès ait donné au jury des directives adéquates sur la possibilité de déclarer l'appellant coupable d'homicide involontaire coupable. À mon avis, la meilleure preuve en est que le jury a demandé deux fois des précisions sur l'exposé. De toute évidence, il y avait confusion.

Beyond the fact of the jury's obvious confusion, it is also my opinion that the charge was misleading. As I hope I have demonstrated, the appellant could be held responsible for the death of the victim in either of two ways. In explaining these bases of liability, several fundamental errors were made by the trial judge.

First, with respect to the application of s. 21(1), the trial judge said:

Now, I instruct you that you may, not necessarily must, but you may consider that act [of placing the chair under the doorknob] as an act of aiding Snowbird in the commission of the offence of sexual assault on this old woman. You will then have to go on and consider whether Kirkness's state of knowledge was such that he was aware that death would ensue. If he was not, the act would not amount to aiding in either murder or manslaughter. [Emphasis added.]

This was the sum total of Scollin J.'s charge on the application of s. 21(1). While I agree with Cory J. that the trial judge did adequately instruct the jury on the distinction between first degree murder, second degree murder and manslaughter elsewhere in his charge, the portion of his charge that I have quoted was not only inadequate but clearly erroneous. First, it would have been preferable for Scollin J. to have defined the legal meaning of aiding and abetting. Second, the trial judge made no mention of the "type of offence" rule which I have set out. Third, and more importantly, if the jury found that Kirkness had aided the sexual assault, the question for the jury was not whether Kirkness was aware that death would ensue, but rather whether he was aware that bodily harm would have been the result. Scollin J. was, in my view, quite wrong in his explanation of the mental element to be established for a conviction of manslaughter. I believe that had these errors and omissions not been made, the verdict might not necessarily have been the same.

With respect to the application of the common intent section, it is also my view that the charge

Outre la confusion évidente du jury, je suis également d'avis que les directives étaient trompeuses. Comme j'espère l'avoir démontré, l'appellant pouvait être tenu responsable du décès de la victime de deux manières. En expliquant ces fondements de la responsabilité, le juge du procès a fait plusieurs erreurs fondamentales.

Premièrement, en ce qui a trait à l'application du par. 21(1), le juge du procès a dit:

[TRADUCTION] Maintenant, je vous donne comme directive que vous pouvez, mais ne devez pas nécessairement, mais que vous pouvez tenir compte de cet acte [placer la chaise sous la poignée de porte] comme un acte destiné à aider Snowbird dans la perpétration de l'infraction d'agression sexuelle contre cette dame âgée. Vous devrez alors continuer et examiner si Kirkness avait une connaissance suffisante pour savoir que le décès en découlerait. S'il ne l'avait pas, l'acte n'équivalait pas à fournir de l'aide dans la perpétration du meurtre ou de l'homicide involontaire coupable. [Je souligne.]

C'est tout ce que dit l'exposé du juge Scollin sur l'application du par. 21(1). Bien que, comme le juge Cory, j'estime que le juge du procès a donné des directives adéquates au jury sur la distinction qui existe entre le meurtre au premier degré, le meurtre au deuxième degré et l'homicide involontaire coupable ailleurs dans son exposé, la partie de l'exposé que j'ai citée était non seulement inadéquate mais clairement erronée. Premièrement, il aurait été préférable que le juge Scollin définisse le sens juridique de l'aide et de l'encouragement. Deuxièmement, le juge du procès n'a nullement mentionné la règle sur le «genre d'infraction» que j'ai énoncée. Troisièmement, et plus important encore, si le jury a conclu que Kirkness avait aidé à la perpétration de l'agression sexuelle, la question à laquelle il devait répondre n'était pas de savoir si Kirkness savait que le décès en découlerait, mais plutôt s'il savait que des lésions corporelles en résulteraient. À mon avis, le juge Scollin a mal expliqué l'élément moral à établir pour parvenir à une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable. Je crois que, sans ces erreurs et ces omissions, le verdict n'aurait pas nécessairement été le même.

En ce qui a trait à l'application de l'article sur l'intention commune, je suis également d'avis que

was erroneous and misleading. My colleague has set out the portion of the charge dealing with the applicability of s. 21(2) if the jury were to find that the common purpose consisted only of the breaking and entering. I have no quarrel with this. However, later in the trial the jury asked for clarification. A discussion between counsel and the court ensued. Two matters were addressed.

First, a question arose respecting the defence of withdrawal. Scollin J. disagreed with the suggestion of Crown counsel that if Kirkness was a party to the sexual assault then he had some legal duty to extricate himself. The trial judge refused to place the issue before the jury. While I am loath to cast the issue in terms of there being a legal duty on Kirkness, it is my opinion that the abandonment defence needed to be explained to the jury and that the trial judge was in error in failing to do so.

The second question revolved around the common intent issue. Whether the common purpose could have consisted of the sexual assault as opposed to only the break and enter was discussed with counsel. The jury was brought back in and Scollin J. charged them as follows:

... was an implied or implicit common intention then formed by these two to help each other in the carrying out of the sexual assault? Was that the net result of it? Was that the result in reality? You will have to ask yourself that. If it was, then the consequence is:

"Where two or more persons form an intention in common ..."

and it needn't be by written agreement, it can be by conduct,

"... to carry out an unlawful purpose ..."

and here the unlawful purpose, in that situation, is the sexual assault by Snowbird. If they form this intention in common to carry out this unlawful purpose,

"... and to assist each other ..."

is that also implicit and you draw that conclusion,

"... therein and any one of them, in carrying out the common purpose ..."

les directives étaient erronées et trompeuses. Mon collègue a énoncé la partie de l'exposé qui traite de l'application du par. 21(2) si le jury devait conclure que le projet commun consistait uniquement en l'introduction par effraction. Je ne le conteste pas. Toutefois, un peu plus tard pendant le procès, le jury a demandé des explications. Il y a eu discussion entre les avocats et le juge. Deux questions ont été abordées.

Premièrement, on a parlé de la défense de renonciation. Le juge Scollin a exprimé son désaccord avec l'argument du ministère public selon lequel si Kirkness était un participant à l'agression sexuelle alors il avait une certaine obligation juridique de s'en dégager. Le juge du procès a refusé de présenter la question au jury. Bien que je ne sois pas disposée à poser la question en termes d'obligation juridique imposée à Kirkness, je suis d'avis que le moyen de défense de la renonciation devait être expliqué au jury et que le juge du procès a commis une erreur en omettant de le faire.

La deuxième question était celle de l'intention commune. La question de savoir si le projet commun était l'agression sexuelle par opposition à l'introduction par effraction seulement a fait l'objet d'une discussion avec les avocats. Le jury a été rappelé et le juge Scollin lui a donné les directives suivantes:

[TRADUCTION] ... ces deux personnes avaient-elles une intention commune de s'aider mutuellement dans la perpétration de l'agression sexuelle? Était-ce le résultat final de cet acte? Était-ce le résultat réel? Vous devrez vous poser cette question. Si c'est le cas, alors la conséquence est la suivante:

"Quand deux ou plusieurs personnes forment ensemble le projet ..."

et il n'est pas nécessaire qu'il y ait un accord écrit, cela peut être fait par la conduite,

"... de poursuivre une fin illégale ..."

et, en l'espèce, la fin illégale, dans cette situation, est l'agression sexuelle commise par Snowbird. S'ils forment ensemble le projet de poursuivre cette fin illégale,

"... et de s'y entraider ..."

Est-ce également implicite? Vous tirez cette conclusion,

"... et que l'une d'entre elles ... en réalisant cette fin commune ..."

of sexual assault,

"... commits an offence ..."

Now, this would be if death resulted from the sexual assault.

"... commits an offence ..."

or whatever it would be, murder, first degree; murder, second degree; or manslaughter. If the death occurs right and directly because of that sexual assault, ought Kirkness to have known, in those circumstances, that that killing, ... would be a probable consequence of the sexual assault?

If you dismiss the sexual assault, itself, that bodily harm applied at that point, if you dismiss that as the cause of death, if you are not satisfied beyond a reasonable doubt that that was how death occurred but it occurred later on because of suffocation, then if you dismiss that as the cause of death, the actual sexual assault, itself, then there can be no liability for murder or manslaughter on the part of Kirkness simply because he placed a chair against the door. [Emphasis added.]

Liability under s. 21(2) does not require the accused to assist directly in the act causing the death. It is sufficient, with certain limitations, that manslaughter was a probable consequence of the offence in which the accused aided or abetted. The trial judge, by posing the question in terms of whether the sexual assault caused the death, improperly implied that if Kirkness did not directly assist in the act which caused the death of the victim, i.e., the suffocation, then he could not be held responsible for the death of the victim.

My colleague appears to agree with this. I do not. In my respectful view, the question for the jury never was whether the sexual assault caused the death. Rather the question was whether Kirkness aided or abetted Snowbird in a crime which was of the type which could have caused bodily harm or whether bodily harm could have resulted as a consequence of carrying out the sexual assault. This is a point of fundamental importance which I believe was lost on the jury because of the trial judge's misdirection.

d'agression sexuelle,

«... commet une infraction...»

Maintenant, cela serait le cas si le décès résultait de l'agression sexuelle.

"... commet une infraction ..."

ou quoi que ce soit, meurtre au premier degré; au deuxième degré; ou homicide involontaire coupable. Si la mort résulte directement de cette agression sexuelle, Kirkness aurait-il dû savoir, dans ces circonstances, que cet acte, ... serait une conséquence probable de l'agression sexuelle?

Si vous écartez l'agression sexuelle, elle-même, que les lésions corporelles s'appliquaient à ce point, si vous l'écartez comme cause du décès, si vous n'êtes pas convaincus hors de tout doute raisonnable que c'est de cette manière que le décès s'est produit mais qu'il s'est produit ultérieurement en raison de l'étouffement, alors si vous l'écartez comme cause du décès, l'agression sexuelle réelle, elle-même, alors Kirkness ne peut pas être tenu responsable du meurtre ni d'homicide involontaire coupable simplement parce qu'il a placé une chaise contre la porte. [Je souligne.]

La responsabilité prévue au par. 21(2) n'exige pas que l'accusé aide directement à la perpétration de l'acte qui a entraîné le décès. Il suffit, avec certaines restrictions, que l'homicide involontaire coupable ait été une conséquence probable de l'infraction à l'égard de laquelle l'accusé a fourni de l'aide ou de l'encouragement. En disant qu'il s'agissait de savoir si l'agression sexuelle avait causé le décès, le juge du procès a incorrectement sous-entendu que si Kirkness n'avait pas directement aidé à la perpétration de l'acte qui a causé la mort de la victime, c'est-à-dire l'étouffement, alors il ne pouvait pas être tenu responsable de la mort de la victime.

Mon collègue paraît souscrire à cette opinion. Je ne puis le faire. À mon humble avis, la question à laquelle devait répondre le jury n'a jamais été de savoir si l'agression sexuelle avait causé le décès. La question était plutôt de savoir si Kirkness avait aidé ou encouragé Snowbird à commettre un crime qui était du genre qui aurait pu causer des lésions corporelles, ou de savoir si des lésions corporelles auraient pu résulter comme conséquence de l'agression sexuelle. Il s'agit d'un point fondamentalement important que, à mon avis, le jury n'a pu apprécier en raison des directives erronées du juge du procès.

8. Disposition

I would dismiss the appeal and confirm the Court of Appeal's order of a new trial for the accused on a charge of manslaughter.

Appeal allowed, WILSON and L'HEUREUX-DUBÉ JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Kaufman, Cassidy, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

8. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel relativement au nouveau procès de l'accusé sur une accusation d'homicide involontaire coupable.

Pourvoi accueilli, les juges WILSON et L'HEUREUX-DUBÉ sont dissidentes.

Procureurs de l'appelant: Kaufman, Cassidy, Winnipeg.

Procureur de l'intimée: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.