

Daniel E. Simpson and Wayne Ochs
Appellants

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SIMPSON

File Nos.: 17851, 17895.

1986: May 28; 1988: January 28.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Charge to jury — Parties by common intention — Accused committing crime they set out to do — Whether trial judge erred in instructing jury with respect to s. 21(2) of the Criminal Code.

Criminal law — Charge to jury — Four accused charged with murder — Co-accused pleading guilty to a charge of conspiracy to commit murder — Whether trial judge erred in failing to warn jury that co-accused's guilty plea of conspiracy was no evidence against other accused.

Evidence — Admissibility of statement — Accused's first statement admitted into evidence — Second statement made two hours later excluded — Defence seeking to use second statement as evidence to show accused's state of mind when first statement made and to rebut suggestion of recent fabrication of a defence — Whether trial judge erred in excluding second statement.

Criminal law — Substantial wrong and miscarriage of justice — Numerous errors on the part of trial judge — Misdirection with respect to s. 21(2) of the Criminal Code — Exclusion of admissible statement — Failure to warn jury that co-accused's guilty plea of conspiracy was not evidence against other accused — Whether s. 613(1)(b)(iii) of the Criminal Code applicable.

The appellants O and S and two accomplices, D and L, were charged with first degree murder. D pleaded guilty to a charge of conspiracy to commit murder and the murder charge against her was withdrawn. She then gave evidence for the Crown at the murder trial. The evidence adduced at trial indicated that D and the appellants, three alcoholics, had agreed to get rid of

Daniel E. Simpson et Wayne Ochs *Appellants*

c.

a Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. C. SIMPSON

N^{os} du greffe: 17851, 17895.

b 1986: 28 mai; 1988: 28 janvier.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Wilson et Le Dain.

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

Droit criminel — Exposé au jury — Parties par intention commune — Perpétration par les accusés du crime planifié — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en donnant des directives au jury relativement à l'art. 21(2) du Code criminel?

Code criminel — Exposé au jury — Quatre accusés inculpés de meurtre — Plaidoyer de culpabilité d'une coaccusée relativement à une inculpation de complot pour commettre un meurtre — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne prévenant pas le jury que le plaidoyer de culpabilité de complot de la coaccusée ne constitue pas une preuve contre les autres accusés?

Preuve — Admissibilité d'une déclaration — Admission en preuve de la première déclaration d'un accusé — Exclusion de la seconde déclaration faite deux heures plus tard — Tentative de la défense d'utiliser la seconde déclaration comme preuve de l'état d'esprit de l'accusé lorsqu'il a fait la première déclaration et pour réfuter la prétention de fabrication d'une défense — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en excluant la seconde déclaration?

Droit criminel — Tort important et erreur judiciaire grave — Plusieurs erreurs du juge du procès — Directives erronées relativement à l'art. 21(2) du Code criminel — Exclusion d'une déclaration admissible — Aucune mise en garde au jury que le plaidoyer de culpabilité d'une coaccusée relativement à une inculpation de complot ne constitue pas une preuve contre les autres accusés — Applicabilité de l'art. 613(1)(b)(iii) du Code criminel.

Les appellants O et S et deux complices, D et L, ont été accusés de meurtre au premier degré. D a plaidé coupable relativement à une accusation de complot pour commettre un meurtre et l'accusation de meurtre a été retirée dans son cas. Elle a alors été témoin à charge au procès pour meurtre. La preuve présentée au procès a indiqué que D et les appellants, trois alcooliques, avaient

D's paramour. The appellants then met L who agreed to do the killing. On the day of the crime, the three men drank heavily. In the evening, while O was sleeping, S and L left for the victim's home. S entered the house and told the victim that someone wanted to talk to him. When he stepped outside, L shot and killed him. The three men were arrested shortly after the murder and S made a statement to the police denying any involvement in the killing. Two hours later, he made a second statement recorded on tape where he repudiated the earlier statement and described his participation in the events. On the transcript of the second statement, S appeared to be a "vulgar drunk", suffering withdrawal symptoms and confused about many details. The first statement was ruled admissible but the second was not put into evidence by the Crown despite attempts by the defence to have it admitted. Appellants' defence was that they had never formed the intent to kill D's paramour. They contended that the discussions about killing him were merely "drunk talk". The trial judge instructed the jury on the effect of drunkenness and with respect to s. 21(1) and (2) of the *Criminal Code*. They were convicted of second degree murder and their appeals to the Court of Appeal were dismissed. These appeals are to determine whether the trial judge erred (1) in instructing the jury to the effect that s. 21(2) of the *Code* is applicable to a case in which the unlawful purpose in question is the offence with which the accused are charged; (2) in failing to instruct the jury that the fact that an accomplice pleaded guilty to a charge of conspiracy to commit murder was not evidence as against the accused; and (3) in refusing to allow the admission into evidence of the second statement. It was contended that this statement should have been admitted to show S's state of mind when the first statement was made and to rebut the Crown's suggestion of recent fabrication of a defence.

Held: The appeals should be dismissed.

The trial judge erred in instructing the jury with respect to s. 21(2) of the *Code*. Section 21(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. It does not apply to a case in which the unlawful purpose mentioned in that section is the offence which is ultimately charged.

convenu de se débarrasser de l'amant de D. Les appellants ont alors rencontré L qui a convenu de commettre l'homicide. Le jour du crime, les trois hommes ont beaucoup bu. Le soir, pendant que O dormait, S et L sont partis pour se rendre chez la victime. S est entré dans la maison et a dit à la victime que quelqu'un voulait lui parler. Lorsque la victime est sortie, L a tiré et l'a tuée. Les trois hommes ont été arrêtés peu après le meurtre et S a fait une déclaration à la police niant toute participation dans l'homicide. Deux heures plus tard, il a fait une seconde déclaration enregistrée sur magnétophone dans laquelle il réfute la déclaration antérieure et décrit assez longuement sa participation aux événements. Dans la transcription de la seconde déclaration, S se révèle être un «ivrogne grossier», en état de manque et qui s'embrouille sur bien des détails. La première déclaration a été déclarée admissible, mais la seconde n'a pas été produite en preuve par le ministère public malgré les tentatives de la défense pour la faire admettre. En défense, les appellants ont allégué qu'ils n'avaient jamais eu l'intention de tuer l'amant de D. Ils ont prétendu que leurs discussions à ce sujet n'étaient que des «propos d'ivrogne». Le juge de première instance a donné des directives au jury sur l'effet de l'ivresse et sur les par. 21(1) et (2) du *Code criminel*. Ils ont été déclarés coupables de meurtre au deuxième degré et leurs appels à la Cour d'appel ont été rejetés. Les présents pourvois visent à déterminer si le juge du procès a commis une erreur: (1) en disant au jury dans ses directives que le par. 21(2) du *Code* est applicable à une affaire où la fin illégale en question est l'infraction même dont les accusés sont inculpés, (2) en ne disant pas au jury dans ses directives que le plaidoyer de culpabilité d'un complice relativement à une accusation de complot pour commettre un meurtre ne constituait pas une preuve contre les accusés, et (3) en refusant d'admettre comme preuve la seconde déclaration. On a fait valoir que cette déclaration aurait dû être admise pour indiquer l'état d'esprit de S quand il a fait la première déclaration et pour réfuter l'allégation de la poursuite relative à la fabrication d'une défense.

Arrêt: Les pourvois sont rejetés.

Le juge du procès a commis une erreur en donnant les directives au jury au sujet du par. 21(2) du *Code*. Le paragraphe 21(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. Il ne s'applique pas lorsque la fin illégale mentionnée dans ce paragraphe est l'infraction même qui fait l'objet de l'accusation.

The trial judge should have warned the jury that D's guilty plea to the conspiracy charge could not be considered evidence against the appellants on the issue of their guilt or innocence. But the omission to give the warning against such misuse of the evidence is not always fatal. In this case where there was no real conflict between D's evidence and that of the appellants, as to the particulars of the conspiracy and the actual killing, the omission of the warning did not amount to reversible error.

Although, as a general rule, statements of an accused person made outside court are not receivable in evidence for him, such statements may be admissible where they are relevant to show the state of mind of an accused at a given time or to rebut the suggestion of recent fabrication of a defence. In this case, the second statement was consistent with the evidence given by S at trial and should have been admitted but only to rebut the Crown's allegation of recent invention of a defence.

Section 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* should be applied in this case to affirm the convictions. It is clear from the whole of the evidence that, despite the trial judge's errors, the result would necessarily have been the same. The only conclusion the jury could have reached on the evidence was that the appellants aided and abetted L in the killing.

Cases Cited

Applied: *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; **considered:** *R. v. Miller and Cockriell* (1975), 24 C.C.C. (2d) 401, aff'd [1977] 2 S.C.R. 680; *R. v. Turkiewicz, Barrow and MacNamara* (1979), 50 C.C.C. (2d) 406; *R. v. Howard and Trudel* (1983), 3 C.C.C. (3d) 399; *R. v. Caron* (1971), 9 C.C.C. (2d) 447; *R. v. Pentiluk and MacDonald* (1974), 28 C.R.N.S. 324; *R. v. MacGregor* (1981), 64 C.C.C. (2d) 353; **referred to:** *R. v. Wong* (1978), 41 C.C.C. (2d) 196; *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; *R. v. Ellis* (1972), 6 C.C.C. (2d) 220; *R. v. Moore* (1956), 40 Cr. App. R. 50; *R. v. Willis* (1959), 44 Cr. App. R. 32; *R. v. Giraldi* (1975), 28 C.C.C. (2d) 248; *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6; *Mahoney v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 834; *Schmidt v. The King*, [1945] S.C.R. 438; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 21, 613(1)(b)(iii), 618(1)(a) [am. 1974-75-76, c. 105, s. 18].

Le juge du procès aurait dû avertir le jury que le plaider de culpabilité de D relativement à l'accusation de complot ne pouvait être considéré comme une preuve jouant contre les accusés sur la question de leur culpabilité ou de leur innocence. Mais l'omission d'une mise en garde contre ce genre d'utilisation fautive de la preuve n'est pas toujours fatale. Dans ce cas-ci, comme il n'existe pas de conflit réel entre le témoignage de D et celui des appelants quant aux détails du complot et de l'homicide même, l'omission de la mise en garde ne peut être assimilée à une erreur donnant lieu à cassation.

Quoique, en règle générale, les déclarations extrajudiciaires d'un accusé ne soient pas recevables en preuve en sa faveur, ces déclarations peuvent être admissibles lorsqu'elles peuvent révéler l'état d'esprit d'un accusé à un moment donné ou lorsqu'elles peuvent réfuter la prétention de fabrication d'une défense. En l'espèce, la seconde déclaration était compatible avec le témoignage donné par S au procès et aurait dû être admise, mais seulement pour réfuter l'allégation du ministère public qu'il y avait eu fabrication d'une défense.

L'alinéa 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* doit s'appliquer en l'espèce pour confirmer les déclarations de culpabilité. Il ressort clairement de l'ensemble de la preuve que, malgré les erreurs du juge du procès, le résultat aurait été nécessairement le même. D'après la preuve, la seule conclusion à laquelle le jury pouvait arriver était que les appelants avaient aidé et encouragé L à commettre l'homicide.

f Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Colpitts v. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; **arrêts examinés:** *R. v. Miller and Cockriell* (1975), 24 C.C.C. (2d) 401, conf. [1977] 2 R.C.S. 680; *R. v. Turkiewicz, Barrow and MacNamara* (1979), 50 C.C.C. (2d) 406; *R. v. Howard and Trudel* (1983), 3 C.C.C. (3d) 399; *R. v. Caron* (1971), 9 C.C.C. (2d) 447; *R. v. Pentiluk and MacDonald* (1974), 28 C.R.N.S. 324; *R. v. MacGregor* (1981), 64 C.C.C. (2d) 353; **arrêts mentionnés:** *R. v. Wong* (1978), 41 C.C.C. (2d) 196; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *R. v. Ellis* (1972), 6 C.C.C. (2d) 220; *R. v. Moore* (1956), 40 Cr. App. R. 50; *R. v. Willis* (1959), 44 Cr. App. R. 32; *R. v. Giraldi* (1975), 28 C.C.C. (2d) 248; *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6; *Mahoney c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 834; *Schmidt v. The King*, [1945] R.C.S. 438; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 21, 613(1)(b)(iii), 618(1)(a) [mod. 1974-75-76, chap. 105, art. 18].

Authors Cited

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 2nd ed. Aurora, Ontario: Canada Law Book, 1984.

Phipson, Sidney L. *Phipson on Evidence*, 13th ed. By John Huxley Buzzard, Richard May and M. N. Howard. London: Sweet & Maxwell, 1982.

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1983), 6 C.C.C. (3d) 516, [1983] 5 W.W.R. 673, dismissing appellants' appeals from their convictions of second degree murder. Appeals dismissed.

Jay B. Clarke, for the appellant Simpson.

Glen Orris, for the appellant Ochs.

A. M. Stewart, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal from the Court of Appeal of British Columbia comes before the Court as of right, pursuant to the provisions of s. 618(1)(a) of the *Criminal Code*. The two appellants were convicted of second degree murder as the result of the killing of one Brousseau, at Kimberley, British Columbia, on May 2, 1980, and their appeal was dismissed by the Court of Appeal on July 5, 1983, with one dissent: (1983), 6 C.C.C. (3d) 516.

The deceased Brousseau had lived with Giselle Dumoulin for some twenty years prior to his death. Dumoulin and the appellant Ochs met in May of 1979 and by April of 1980 a sexual relationship had developed between them. At that time, the deceased was working away from Kimberley. Dumoulin and Ochs were both alcoholics and for some time prior to the killing both had been drinking heavily. In this activity they were frequently joined by the appellant Simpson, a friend of Ochs and also an alcoholic. On an occasion during the third week of April 1980, when the three, Dumoulin, Ochs and Simpson, were at Dumoulin's house in Kimberley, Dumoulin complained of the treatment she received from her paramour, the deceased, and said he had made a sexual attack on her daughter. According to Dumoulin's evidence, it was upon this occasion that Ochs asked her how much it would be worth

Doctrines citées

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 2nd ed. Aurora, Ontario: Canada Law Book, 1984.

Phipson, Sidney L. *Phipson on Evidence*, 13th ed. By John Huxley Buzzard, Richard May and M. N. Howard. London: Sweet & Maxwell, 1982.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1983), 6 C.C.C. (3d) 516, [1983] 5 W.W.R. 673, qui a rejeté les appels des appelants contre leur déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Pourvois rejetés.

Jay B. Clarke, pour l'appelant Simpson.

Glen Orris, pour l'appelant Ochs.

A. M. Stewart, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—La Cour est saisie d'un appel de plein droit formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, en vertu des dispositions de l'al. 618(1)a) du *Code criminel*. Les deux appelants ont été reconnus coupables de meurtre au second degré pour l'homicide d'un nommé Brousseau, à Kimberley, en Colombie-Britannique, le 2 mai 1980. La Cour d'appel a rejeté leur appel le 5 juillet 1983, un juge étant dissident: (1983), 6 C.C.C. (3d) 516.

Avant son décès, Brousseau, la victime, vivait avec une certaine Giselle Dumoulin depuis quelque vingt ans. Dumoulin et l'appelant Ochs se sont connus en mai 1979 et, dès avril 1980, ils avaient une liaison. À cette époque, la victime travaillait à l'extérieur de Kimberley. Dumoulin et Ochs étaient tous deux alcooliques et, quelque temps avant le meurtre, ils avaient beaucoup bu. L'appelant Simpson, un ami d'Ochs, alcoolique lui aussi, participait fréquemment à leurs beuveries. À l'occasion de l'une de leurs rencontres, au cours de la troisième semaine d'avril 1980, alors que les trois, Dumoulin, Ochs et Simpson, étaient réunis chez Dumoulin à Kimberley, celle-ci s'est plainte du traitement que lui infligeait son amant, la victime, disant qu'il avait agressé sexuellement sa fille. D'après le témoignage de Dumoulin, c'est à cette occasion qu'Ochs lui a demandé combien elle serait prête à payer pour se débarrasser de Brousseau.

to her to get rid of Brousseau. She replied that she didn't know but when Ochs suggested a figure of \$10,000 she replied, "O.K." On April 23rd or 24th, there were further discussions of Brousseau's conduct toward Dumoulin's daughter. On April 26th, one L'Ortye, a co-accused with Simpson and Ochs, arrived in Kimberley. He was introduced to Ochs and Simpson by one Carrier, at whose home L'Ortye was living. The deceased Brousseau returned to Kimberley on April 27th, 1980.

On April 30th, 1980, according to the evidence of Carrier, there was a further discussion of Brousseau's conduct in L'Ortye's presence when Ochs said that "Brousseau has to go". From this occasion, L'Ortye joined Ochs and Simpson in their heavy drinking. On May 1st, Ochs telephoned Dumoulin and said that he had a guy who would "do the job" for \$10,000. That day, the three, Simpson, Ochs and L'Ortye, drove past Brousseau's house, which was pointed out to L'Ortye. On Friday, May 2nd, the day of the killing, Dumoulin telephoned Ochs and made an arrangement to meet him at a school near Kimberley. Ochs, Simpson and L'Ortye drove in Ochs' car to the school where they met Dumoulin who had arrived in her car. Ochs left his vehicle and spoke with Dumoulin. According to her evidence, during this conversation Ochs pointed out L'Ortye and said that he would kill Brousseau for \$5,000.

During the afternoon of May 2nd, 1980, Ochs, Simpson and L'Ortye were at Ochs' home in Kimberley. At some time during the afternoon, L'Ortye borrowed Ochs' car and retrieved a rifle, which was used in the shooting, from a hiding place where he said he had concealed it. It is not clear whether Ochs or Simpson accompanied him on this occasion. Dumoulin testified that at approximately 6:00 p.m. the same evening, May 2nd, she made a telephone call to Ochs, during which there was a discussion about preparation to kill Brousseau. Ochs denied this conversation. Ochs' daughter testified as to the events at Ochs' home during the afternoon and evening of May 2nd. She said that after some conversation between the three men, Ochs, Simpson and L'Ortye,

seau. Elle a répondu qu'elle ne savait pas, mais quand Ochs a avancé le chiffre de 10 000 \$, elle a répondu: «O.K.» Le 23 ou le 24 avril, il y eut de nouvelles discussions au sujet du comportement de Brousseau envers la fille de Dumoulin. Le 26 avril, un nommé L'Ortye, coaccusé de Simpson et d'Ochs, est arrivé à Kimberley. Il fut présenté à Ochs et à Simpson par un certain Carrier, chez qui L'Ortye vivait. Brousseau, la victime, revint à Kimberley le 27 avril 1980.

Le 30 avril 1980, d'après le témoignage de Carrier, il a de nouveau été question de la conduite de Brousseau en présence de L'Ortye et Ochs a dit: [TRADUCTION] «Brousseau doit disparaître». À partir de ce moment, L'Ortye s'est joint à Ochs et à Simpson dans leurs beuveries. Le 1^{er} mai, Ochs a téléphoné à Dumoulin lui disant qu'il connaissait un type qui [TRADUCTION] «ferait le travail» pour 10 000 \$. Ce jour-là, Simpson, Ochs et L'Ortye, passèrent tous trois en voiture devant la maison de Brousseau pour la montrer à L'Ortye. Le vendredi 2 mai, le jour du meurtre, Dumoulin téléphona à Ochs, lui donnant rendez-vous dans une école près de Kimberley. Ochs, Simpson et L'Ortye se sont rendus dans la voiture d'Ochs à l'école rencontrer Dumoulin, qui était venue dans sa propre voiture. Ochs est sorti de la voiture et est allé parler à Dumoulin. D'après le témoignage de cette dernière, au cours de cette conversation, Ochs lui aurait montré L'Ortye, disant qu'il tuerait Brousseau pour 5 000 \$.

Dans l'après-midi du 2 mai 1980, Ochs, Simpson et L'Ortye se trouvaient chez Ochs à Kimberley. Au cours de l'après-midi, L'Ortye a emprunté la voiture d'Ochs et est allé chercher une carabine, qui fut utilisée pour le meurtre, à l'endroit où, avait-il dit, il l'avait cachée. On ne sait pas si Ochs ou Simpson l'ont accompagné à cette occasion. Dumoulin a témoigné que vers 18 heures le même soir, le 2 mai, elle avait téléphoné à Ochs et qu'ils avaient discuté des préparatifs du meurtre de Brousseau. Ochs a nié cette conversation. La fille d'Ochs a relaté dans son témoignage les événements qui se sont passés chez celui-ci au cours de l'après-midi et de la soirée du 2 mai. Elle a déclaré qu'après une certaine conversation entre les trois hommes, Ochs, Simpson et L'Ortye, Ochs se serait

Ochs went to sleep on a chesterfield in the living room. L'Ortye brought in a rifle from the car. When he was cleaning and loading it, the rifle went off and made a hole in the kitchen ceiling. Ochs slept through this incident. There was continual drinking on this occasion by the three men.

According to the evidence given at trial, at some time in the evening on May 2nd Simpson and L'Ortye left Ochs' home and drove in Ochs' car to a public house. After a short stay, they left with Simpson driving. He was drunk, however, and L'Ortye took over the driving while Simpson went to sleep. L'Ortye drove to Brousseau's house and on arrival Simpson awoke. According to Dumoulin's evidence, between 9:00 and 9:30 p.m. on May 2nd, a car drove into the driveway of the Brousseau home. Simpson came to the door and asked for Brousseau. He entered the house and told Brousseau that there was someone outside who wished to speak to him. Brousseau went out and returned shortly, saying no one was there, but at Simpson's suggestion, he went out a second time and on this occasion L'Ortye shot and killed him. The evidence is unclear as to exactly where Simpson was when the shot was fired. Simpson and L'Ortye then drove off, with Simpson driving. At some point, they stopped and L'Ortye hid the rifle. They then went to the home of one Thompson where they did some drinking. After some time, they left Kimberley, still in Ochs' car, and drove to Cranbrook where they arrived at one Malberg's house at about 2:00 a.m., May 3rd, 1980.

When Simpson and L'Ortye departed from Ochs' home with his car in the early evening of May 2nd, Ochs himself was asleep. He awoke about 11:00 p.m. and went to a public house in Kimberley. When it closed, he came home where he received a telephone call about 4:00 a.m. from Simpson. Ochs then went by taxi to Malberg's house in Cranbrook, where he met Simpson and L'Ortye, and where he learned of the shooting and the disposal of the rifle.

endormi sur un canapé de la salle de séjour. L'Ortye aurait sorti une carabine de sa voiture. Alors qu'il la nettoyait et la chargeait, un coup serait parti, faisant un trou dans le plafond de la cuisine, sans pourtant réveiller Ochs. Les trois hommes auraient bu constamment.

D'après les témoignages entendus au procès, à un moment donné dans la soirée du 2 mai, Simpson et L'Ortye ont quitté la maison d'Ochs pour se rendre, dans la voiture de ce dernier, dans un débit de boisson. Peu après, ils repartaient avec Simpson au volant. Comme il était ivre, L'Ortye a pris le volant et Simpson s'est endormi. L'Ortye a conduit jusqu'à la maison de Brousseau; à leur arrivée Simpson s'est réveillé. D'après le témoignage de Dumoulin, entre 21 heures et 21 h 30 le 2 mai, une voiture est venue se garer dans l'entrée de la maison de Brousseau. Simpson s'est présenté à la porte et a demandé à voir Brousseau. Il est entré dans la maison et a dit à Brousseau qu'il y avait quelqu'un à l'extérieur qui voulait lui parler. Brousseau est sorti pour revenir peu après, disant qu'il n'y avait personne mais, à la suggestion de Simpson, il est sorti à nouveau et, cette fois, L'Ortye a tiré et l'a tué. L'endroit où se trouvait exactement Simpson lorsque le coup de feu est parti ne ressort pas clairement des témoignages. Simpson et L'Ortye sont alors repartis en voiture, Simpson au volant. À un moment donné, ils se sont arrêtés et L'Ortye a caché la carabine. Ils se sont rendus alors chez un nommé Thompson où ils ont bu. Un peu plus tard, ils ont quitté Kimberley, toujours dans la voiture d'Ochs, et se sont rendus à Cranbrook, chez un nommé Malberg, où ils sont arrivés vers 2 h du matin, le 3 mai 1980.

Lorsque Simpson et L'Ortye ont quitté la maison d'Ochs, en empruntant sa voiture, au début de la soirée du 2 mai, Ochs dormait. Il s'est réveillé vers 23 h; il s'est alors rendu dans un débit de boisson de Kimberley. Lorsque celui-ci a fermé, il est revenu chez lui où il a reçu un coup de téléphone de Simpson, vers 4 heures du matin. Ochs est allé rejoindre en taxi Simpson et L'Ortye chez Malberg, à Cranbrook, où il a appris le meurtre et aussi qu'on s'était débarrassé de la carabine.

At about 8:00 a.m. on May 3rd, the police came to Malberg's home in Cranbrook and arrested Ochs and Simpson. L'Ortye, who was present at that time, was allowed to leave. He was later arrested in Kimberley. Ochs and Simpson were taken to the police station in Cranbrook, where Ochs gave a statement to the police at 8:50 a.m. in which he said that at the time of the shooting he was in a hotel bar and that Simpson had his car. He said that his relationship with Dumoulin did not involve sexual relations. At approximately 9:00 a.m., Simpson made a statement to the police, in which he said that he was last at Brousseau's house some five days before the killing. The police then drove Ochs and Simpson to the police station in Kimberley. Ochs gave a second statement to the police about 11:00 a.m. in which he told much the same story as before. Both statements were put in evidence at the trial. Simpson was also interviewed a second time at Kimberley commencing about 11:15 a.m. on May 3rd. The ensuing conversation, partly in the police station and continuing later in a police car, was recorded on tape and then transcribed. It will hereafter be referred to as the second or 11:15 a.m. statement. It, in effect, repudiated the earlier statement and described at some length his participation in the events in connection with the case. It was not put into evidence by the Crown, despite the fact that counsel for Simpson repeatedly endeavoured to have it admitted. Dumoulin, Simpson, Ochs and L'Ortye were arrested and charged with first degree murder. Dumoulin pleaded guilty to a charge of conspiracy to kill Brousseau and the murder charge was withdrawn. She was sentenced to four years' imprisonment. She then gave evidence for the Crown at the trial of L'Ortye, Ochs and Simpson.

At trial, all three accused were convicted of second degree murder and sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for ten years. The Crown's theory at the trial was that L'Ortye committed the murder and Simpson and Ochs aided and abetted the killing. In this, the Crown relied on ss. 21(1)(b) and (c) of the *Criminal Code*. The Crown also took the position that s. 21(2) of the *Code* was applicable because the three

Vers 8 h le matin du 3 mai, la police s'est présentée chez Malberg, à Cranbrook, et a arrêté Ochs et Simpson. L'Ortye, qui était présent à ce moment-là, a été autorisé à s'en aller. Il a été arrêté plus tard, à Kimberley. Ochs et Simpson ont été amenés au poste de police de Cranbrook où Ochs, à 8 h 50, a dit dans une déclaration à la police qu'au moment du meurtre il se trouvait dans le bar d'un hôtel et que Simpson avait sa voiture. Il a affirmé aussi que ses rapports avec Dumoulin n'incluaient pas de relations sexuelles. Vers 9 h ce matin-là, Simpson a fait une autre déclaration aux policiers, disant que la dernière fois qu'il s'était rendu chez Brousseau c'était quelque cinq jours avant le meurtre. Les policiers ont alors conduit Ochs et Simpson au poste de police de Kimberley. Ochs a fait une seconde déclaration aux policiers vers 11 h, répétant essentiellement la même histoire qu'auparavant. Les deux déclarations ont été produites comme preuve au procès. Simpson a subi un nouvel interrogatoire à Kimberley, à compter de 11 h 15 le 3 mai. La conversation qui a suivi, en partie au poste, puis dans une voiture de police, a été enregistrée et transcrite et sera désignée ci-après comme la seconde déclaration ou déclaration de 11 h 15. En fait, elle réfute la déclaration antérieure et décrit assez longuement la participation de Simpson aux événements en cause. Le ministère public ne l'a pas produite en preuve malgré le fait que l'avocat de Simpson ait à plusieurs reprises tenté d'en faire admettre la production. Dumoulin, Simpson, Ochs et L'Ortye ont été arrêtés et inculpés de meurtre au premier degré. Dumoulin a plaidé coupable à une accusation de complot pour tuer Brousseau et l'inculpation de meurtre a été retirée dans son cas. Elle a été condamnée à quatre ans d'emprisonnement. Elle a alors été témoin à charge au procès de L'Ortye, d'Ochs et de Simpson.

Au procès, les trois accusés ont été déclarés coupables de meurtre au second degré et condamnés à l'emprisonnement à perpétuité, sans possibilité de libération conditionnelle pendant dix ans. Selon la thèse du ministère public au procès, L'Ortye aurait commis le meurtre et Simpson et Ochs l'auraient aidé et encouragé à le commettre. À cet égard, le ministère public a invoqué les al. 21(1)(b) et c) du *Code criminel*. Sa position a aussi été que

accused formed an intention in common to carry out an unlawful purpose, that is, to murder Brousseau, and L'Ortye did so. Alternatively, the Crown took the position that the three accused together formed an intention in common to effect the unlawful purpose of scaring Brousseau and in carrying out the purpose one of them, L'Ortye, killed Brousseau.

Ochs' defence was that he had never formed the intent to kill Brousseau. He said that the talk and discussions about killing him were merely "drunk talk". It was also said that he thought L'Ortye only intended to frighten Brousseau. Though not raised as a defence by Ochs at his trial, the trial judge considered that on the evidence, the defence of abandonment of the common purpose could be open and he instructed the jury upon it. He also instructed on the effect of drunkenness on Ochs' capacity to form the intent to kill. Simpson's defence was also that he had not formed the intent to kill Brousseau and that talk of such a thing was all drunk talk. He raised the defence of duress, saying he was afraid of L'Ortye and that he only went to Brousseau's house out of fear. The charge with respect to drunkenness also applied to Simpson. L'Ortye abandoned his appeal and the appeals of Ochs and Simpson were dismissed on July 5. Notice of appeal to this Court was given on September 13, 1983.

In the Court of Appeal (McFarlane, Taggart, Seaton, Craig and Macfarlane J.J.A.) three judgments were written. Taggart J.A., with whom McFarlane and Macfarlane J.J.A. concurred, dismissed the appeal on the grounds that in his view the trial judge did not err in his instructions to the jury in respect of s. 21(2) of the *Criminal Code*, there was no error in the failure to instruct the jury as to the effect of Dumoulin's plea of guilty to the conspiracy charge, and Simpson's second statement was properly rejected. Craig J.A. wrote a separate judgment which concurred in the result, but in which he expressed the view that the trial judge had erred in his instructions to the jury on s. 21(2) and in failing to warn them about Dumou-

le par. 21(2) du *Code* était applicable puisque les trois accusés avaient formé ensemble le projet de poursuivre une fin illégale, soit le meurtre de Brousseau, et que L'Ortye l'avait commis. Subsidièrement, le ministère public a fait valoir que les trois accusés avaient ensemble formé le projet de poursuivre la fin illégale consistant à effrayer Brousseau et que l'un d'entre eux, L'Ortye, avait tué Brousseau en réalisant cette fin commune.

Comme moyen de défense, Ochs a prétendu qu'il n'avait jamais eu l'intention de tuer Brousseau. Il avait bien parlé de le tuer et en avait discuté, mais ce n'était là que des [TRADUCTION] «propos d'ivrogne». On a aussi ajouté qu'il pensait que L'Ortye voulait seulement effrayer Brousseau. Bien qu'Ochs n'ait pas soulevé ce moyen de défense, le juge du procès a estimé que, vu la preuve, la défense d'abandon d'intention commune était possible et il en a instruit le jury. Il l'a aussi instruit de l'effet de l'ivresse d'Ochs sur sa capacité d'avoir l'intention de tuer. Le moyen de défense de Simpson a été le même: il n'avait pas l'intention de tuer Brousseau et ce qu'il avait dit à ce sujet n'était que des propos d'ivrogne. Il a aussi soulevé la défense de contrainte, disant qu'il avait peur de L'Ortye et que c'était seulement par peur qu'il s'était rendu à la maison de Brousseau. Les directives au sujet de l'ivresse ont aussi été appliquées à Simpson. L'Ortye s'est désisté de son appel et ceux d'Ochs et de Simpson ont été rejetés le 5 juillet. Avis de pourvoi en cette Cour a été donné le 13 septembre 1983.

En Cour d'appel, formée des juges McFarlane, Taggart, Seaton, Craig et Macfarlane, trois opinions ont été écrites. Le juge Taggart, à l'opinion duquel les juges McFarlane et Macfarlane ont souscrit, a rejeté l'appel parce qu'à son avis le juge de première instance n'avait commis aucune erreur dans ses directives au jury au sujet du par. 21(2) du *Code criminel*, qu'il n'avait nullement eu tort de ne pas instruire le jury de l'effet du plaidoyer de culpabilité de Dumoulin relativement à l'inculpation de complot, et que la seconde déclaration de Simpson avait été rejetée à bon droit. Le juge Craig a écrit une opinion distincte concordante quant au résultat, mais où il s'est dit d'avis que le juge de première instance avait donné des directi-

lin's guilty plea. He was of the opinion, however, that no substantial wrong or miscarriage of justice had occurred, and he applied the proviso in s. 613(1)(b)(iii) of the *Code* to dismiss the appeal. Seaton J.A. dissented and the grounds of his dissent are recorded in the formal order of the Court of Appeal in these terms:

1. THAT the learned trial court judge erred in instructing the jury to the effect that Section 21(2) of the Criminal Code is applicable to a case in which the unlawful purpose in question is the offence with which the accused is charged in the indictment.

2. THAT, in the circumstances to this case, the learned trial court Judge erred in failing to instruct the jury that the fact that Giselle Dumoulin pled guilty to a charge of conspiracy to commit murder was not evidence as against the accused Simpson and Ochs.

3. THAT, the learned trial court judge erred in refusing to allow the admission into evidence of a tape-recorded statement made by the accused Simpson to the police shortly after 11:00 a.m. May the 3rd 1980.

Section 21 of the *Criminal Code*

The first ground of dissent in the Court of Appeal has been set out above. Seaton J.A. was of the view that it was error to equate the unlawful purpose referred to in s. 21(2) with the actual offence charged. It is apparent that, in his view, this case was not one which engaged s. 21(2) of the *Criminal Code* but rather fell for decision under the provisions of s. 21(1).

In charging the jury, the trial judge gave directions upon both s. 21(1) and s. 21(2) of the *Criminal Code* and directed the jury on the evidence relevant to these issues. No exception was taken to his direction as it applied to s. 21(1) and no error in respect of it is asserted before this Court. It was the trial judge's treatment of s. 21(2) which provoked Seaton J.A.'s dissent on this issue. As stated in the formal order of the Court of Appeal, the question is: Is section 21(2) of the *Criminal Code* "applicable to a case in which the

ves erronées au jury au sujet du par. 21(2) et avait eu tort de ne pas le prévenir du plaidoyer de culpabilité de Dumoulin. À son avis néanmoins, aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave ne s'étaient produits et, appliquant la réserve du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code*, il a rejeté l'appel. Le juge Seaton était dissident et les motifs de sa dissidence sont consignés dans l'ordonnance formelle de la Cour d'appel en ces termes:

[TRADUCTION] 1. QUE le juge de première instance a commis une erreur en disant au jury dans ses directives que le paragraphe 21(2) du Code criminel est applicable dans une affaire où la fin illégale en cause est l'infraction même dont l'accusé est inculpé dans l'acte d'accusation.

2. QUE, en l'espèce, le juge de première instance a commis une erreur en ne disant pas au jury dans ses directives que le plaidoyer de culpabilité de Giselle Dumoulin, relativement à l'inculpation de complot pour commettre un meurtre, ne pouvait servir de preuve contre les accusés Simpson et Ochs.

3. QUE le juge de première instance a commis une erreur en refusant d'admettre comme preuve la déclaration enregistrée faite par l'accusé Simpson aux policiers, peu après 11 h le matin du 3 mai 1980.

L'article 21 du *Code criminel*

Le premier motif de dissidence en Cour d'appel est exposé ci-dessus. Le juge Seaton a été d'avis qu'on avait eu tort d'assimiler la fin illégale dont il est fait mention au par. 21(2) à l'infraction qui fait l'objet de l'inculpation. Il est évident qu'à son avis il ne s'agissait pas d'une affaire dans laquelle le par. 21(2) du *Code criminel* devait jouer, mais qu'il fallait plutôt en décider sur le fondement des dispositions du par. 21(1).

Le juge de première instance a donné au jury des directives à la fois sur le par. 21(1) et sur le par. 21(2) du *Code criminel*, lui indiquant les éléments de preuve pertinents applicables à ces questions. Il n'y a pas eu d'opposition à ses directives relativement au par. 21(1), et aucune erreur à ce sujet n'a été invoquée devant nous. C'est la manière dont le juge de première instance a traité du par. 21(2) qui a provoqué la dissidence du juge Seaton à ce sujet. Comme le dit l'ordonnance formelle de la Cour d'appel, la question est la suivante: Le paragraphe 21(2) du *Code criminel* est-il [TRADUCTION] «applicable dans une affaire

unlawful purpose in question is the offence with which the accused is charged in the indictment?"

There has been a good deal of controversy on this issue and it has been agreed by most judges who have expressed views on the matter that the words of s. 21(2) of the *Criminal Code* on their face could bear either meaning, that is to say, the one attributed to the section by Taggart J.A. or that favoured by Seaton J.A. in his dissent. Taggart J.A. was of the view that a trial judge was entitled to leave s. 21(2) of the *Code* with the jury, even when the intention in common to carry out an unlawful purpose which renders the subsection applicable was to commit the actual offence charged. He discussed various authorities and relied upon the statement of McFarlane J.A. in *R. v. Wong* (1978), 41 C.C.C. (2d) 196 (B.C.C.A.), at p. 202:

Again, with great respect, there is confusion between intention (to carry out an unlawful purpose and assist therein) and the knowledge, actual or imputed, of a probable consequence of carrying out the purpose. So far as intention is an element I think the provisions of our subsection are satisfied if there is an intention in common to carry out an unlawful purpose and it matters not whether the unlawful common purpose was culpable homicide. Our subsection makes a person party to an offence where his only intention is to carry out an unlawful purpose, provided he knew or ought to have known that the offence actually committed was a probable consequence of carrying out the unlawful purpose.

It may be observed, however, that while this statement has frequently been cited as authority supporting the view favoured by Taggart J.A., it was made in a somewhat different context. McFarlane J.A. in *Wong*, when he used the words referred to above, was responding to an argument raised on behalf of Wong that there had been error at trial when the trial judge failed to leave open a possible conviction of manslaughter if there had been no intent to kill. McFarlane J.A. was pointing out that the only element of intent required in s. 21(2) of the *Code* is the intent to carry out an unlawful purpose and assist each other in connection therewith. Thereafter, any offence committed by one of them would render the other guilty of the actual offence committed without any further consider-

où la fin illégale en cause est l'infraction même dont l'accusé est inculpé dans l'acte d'accusation?»

Cette question est fort controversée; la plupart des juges qui ont exprimé des opinions à ce sujet reconnaissent que les termes du par. 21(2) du *Code criminel*, pris littéralement, pourraient avoir l'un ou l'autre sens, soit celui que lui attribue le juge Taggart, soit celui que favorise le juge Seaton dans sa dissidence. Le juge Taggart est d'avis que le juge de première instance était en droit de soumettre le par. 21(2) du *Code* au jury, même lorsque l'intention commune de poursuivre une fin illégale, qui rend le paragraphe applicable, était de commettre l'infraction même qui fait l'objet de l'inculpation. Après avoir analysé divers précédents, il s'appuie sur l'avis du juge McFarlane dans l'arrêt *R. v. Wong* (1978), 41 C.C.C. (2d) 196 (C.A.C.-B.), à la p. 202:

[TRADUCTION] Ici encore, avec égards, il y a confusion entre l'intention (de poursuivre une fin illégale et d'aider à l'atteindre) et la connaissance, véritable ou présumée, d'une conséquence probable de la poursuite de cette fin. Dans la mesure où l'intention constitue un élément de l'infraction, je pense que l'on satisfait aux dispositions de notre paragraphe s'il y a intention commune de poursuivre une fin illégale, peu importe que la fin commune illégale soit l'homicide coupable. Notre paragraphe déclare qu'est partie à une infraction celui dont l'unique intention est la poursuite d'une fin illégale, pourvu qu'il ait su ou dû savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction.

On peut souligner néanmoins que, si ce commentaire a effectivement été fréquemment cité pour justifier l'opinion que favorise le juge Taggart, il a néanmoins été fait dans un contexte un peu différent. Lorsque le juge McFarlane a écrit ce qui précède dans l'arrêt *Wong*, il répondait à un argument invoqué au nom de Wong et selon lequel il y avait eu une erreur au procès quand le juge du procès n'a pas laissé le choix d'une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable, en l'absence d'intention de tuer. Le juge McFarlane a fait remarquer que le seul élément d'intention requis au par. 21(2) du *Code* est l'intention de poursuivre une fin illégale et de s'y entraider. Donc, toute infraction commise par l'un des deux rendait l'autre coupable de l'infraction même qui

ation of intent. I would therefore express some doubt as to the applicability of these words in considering the question arising here which involves no question of an included offence with a differing intention. Both Seaton and Craig J.J.A. disagreed with Taggart J.A. Dealing with this question, Seaton J.A. said, at pp. 535-36:

I see no need to strain the language of s. 21(2) to encompass a case where the offence committed is the offence that was intended. The provisions of ss. 21(1) and 22 are quite sufficient, especially when the word "abet" is given its full meaning. Much of the evidence that points to Ochs and Simpson being parties pursuant to s. 21(2) points also to them being abettors, aiders and counsellors.

Offering s. 21(2) in the manner it was offered here might induce confusion. To say that "when two or more form an intention in common to murder Brousseau and in murdering Brousseau, one of them murders Brousseau each of them who knew that the murdering of Brousseau would be a probable consequence of carrying out the murder of Brousseau . . ." is bound to confuse the jury. Of course, the trial judge did not put it in those words, but that was what was meant . . .

And in a similar vein Craig J.A. said, at p. 543:

In other words, the "unlawful purpose" and "the offence" committed in the course of carrying out the "unlawful purpose" are different. I think that s-s.(2) is supplementary to s-s.(1) and that in enacting it Parliament intended to ensure that a person would be a party not only to an offence which he aided or abetted but also to an offence which he did not aid nor abet but which he knew or ought to have known was a probable consequence of carrying out the unlawful purpose.

They also relied on the words of Robertson J.A. in *R. v. Miller and Cockriell* (1975), 24 C.C.C. (2d) 401 (B.C.C.A.) (appeal to the Supreme Court of Canada dismissed, [1977] 2 S.C.R. 680), at pp. 439-40:

I cannot accede to this argument. I doubt that this was a case under s. 21(2) at all. That deals primarily with a case where A and B form an intention in common

avait été commise, sans que l'on ait à s'interroger plus longtemps sur l'intention. J'entretiens donc quelque doute quant à l'applicabilité de ce commentaire à la question qui se pose en l'espèce, laquelle ne met en cause aucune infraction comprise comportant une intention différente. Tant les juges Seaton que Craig ne partagent pas l'opinion du juge Taggart. Sur cette question, le juge Seaton a dit, aux pp. 535 et 536:

[TRADUCTION] Je ne vois pas la nécessité de faire violence au texte du par. 21(2) pour y inclure le cas où l'infraction commise est l'infraction que l'on voulait commettre. Les dispositions du par. 21(1) et de l'art. 22 suffisent parfaitement, surtout lorsqu'on donne au terme «encourager» tout son sens. Une grande partie de la preuve qui ferait d'Ochs et de Simpson des parties à l'infraction en vertu du par. 21(2) en font aussi des parties pour en avoir encouragé et conseillé la perpétration et pour avoir aidé l'auteur.

Exciper du par. 21(2) de la manière dont on l'a fait ici pourrait provoquer de la confusion. Dire que «lorsque deux ou plusieurs personnes ont formé ensemble le projet de tuer Brousseau et qu'en tuant Brousseau, l'un d'eux tue Brousseau, chacun d'eux qui savait que le meurtre de Brousseau aurait pour conséquence probable la perpétration du meurtre de Brousseau . . .» ne peut que semer la confusion au sein du jury. Bien entendu le juge du procès ne l'a pas dit en ces termes, mais c'est là ce qu'il voulait dire . . .

Et, dans la même veine, le juge Craig dit, à la p. 543:

[TRADUCTION] En d'autres termes, la «fin illégale» et «l'infraction» commise dans la poursuite de la «fin illégale» diffèrent. Je pense que le par. (2) complète le par. (1) et qu'en l'adoptant le législateur a voulu s'assurer qu'une personne serait partie non seulement à l'infraction qu'elle a aidé ou encouragé à commettre, mais aussi à l'infraction qu'elle n'a ni aidé ni encouragé à commettre, mais dont elle savait ou aurait dû savoir qu'elle aurait pour conséquence probable la poursuite de la fin illégale.

Il s'appuie aussi sur ce que dit le juge Robertson dans l'arrêt *R. v. Miller and Cockriell* (1975), 24 C.C.C. (2d) 401 (C.A.C.-B.) (pourvoi à la Cour suprême du Canada rejeté, [1977] 2 R.C.S. 680), aux pp. 439 et 440:

[TRADUCTION] Je ne saurais acquiescer à cet argument. Je doute même qu'il s'agisse d'un cas relevant du par. 21(2). Il traite d'abord et avant tout d'un cas où A

to carry out an unlawful purpose and in carrying out that purpose one of them commits an offence. It does not appear to me to be directed to a case where A and B form an intention to commit a particular crime and in carrying out their intent do commit that crime. The latter type of case is covered by s. 21(1). In s. 21(1) I think that para. (a) fits the case at bar: Miller held the barrel of the rifle in position to shoot out the window and Cockriell pulled the trigger; together they aimed and fired the rifle and each was equally guilty of shooting the constable to death. Alternatively, if I am wrong and Cockriell alone did the shooting, para. (b) makes Miller a party to the offence.

In my opinion the effect of s. 21(2) does not extend back into s. 21(1) so as to make it necessary, where s. 21(1) applies, to charge the jury about probable consequence. It would be absurd to tell a jury that, if they find that the accused intended to kill a man, they must be satisfied that he knew that, if he did kill the man, a probable consequence would be that the man would be dead!

Taggart J.A., who had carefully examined many of the authorities, did not consider that these words of Robertson J.A. in *Miller and Cockriell* supported the position taken by Seaton J.A. In his view, Robertson J.A. had simply held that s. 21(2) of the *Code* did not apply to the facts in that case. It was a case which fell properly into s. 21(1) and reference to s. 21(2) was therefore unnecessary. Nevertheless, the words of Robertson J.A. have frequently been used to support the position of Seaton J.A. in his dissent. The Ontario Court of Appeal dealt with this issue in *R. v. Turkiewicz, Barrow and MacNamara* (1979), 50 C.C.C. (2d) 406, where Zuber J.A., speaking for the court (Brooke, Arnup and Zuber J.J.A.), said at p. 409:

Section 21(2) which speaks of the knowledge of probable consequences has no application to this case when the parties did precisely what they set out to do: see *R. v. Miller and Cockriell* (1975), 24 C.C.C. (2d) 401 at p. 440, 63 D.L.R. (3d) 193 at p. 232, 33 C.R.N.S. 129 (affirmed 31 C.C.C. (2d) 177, [1977] 2 S.C.R. 680, 70 D.L.R. (3d) 324). It is only s. 21(1) that can have any application to this case and in the light of the facts of this case the mere reading of the section was sufficient.

et B forment l'intention commune de poursuivre une fin illégale et où, dans la poursuite de cette fin, l'un d'eux commet une infraction. Il ne me semble pas viser le cas où A et B ont l'intention de commettre un crime en particulier et où, dans la poursuite de cette intention, ils commettent effectivement ce crime. Ce dernier type de cas est couvert par le par. 21(1). Je pense que l'al. 21(1)a s'applique à l'espèce: Miller a tenu le canon de la carabine en position de tir par la fenêtre et Cockriell a pressé la détente; ensemble ils ont visé et fait feu et chacun est également coupable d'avoir tiré et tué l'agent de police. Subsidiairement, si je me trompe et que Cockriell seul a tiré, l'al. b) fait de Miller une partie à l'infraction.

À mon avis, l'effet du par. 21(2) ne va pas jusqu'à rétroagir sur le par. 21(1) de façon à rendre nécessaire, lorsque le par. 21(1) s'applique, de donner des directives au jury quant aux conséquences probables. Il serait absurde de dire à un jury que s'il constate que l'accusé entendait tuer un homme, il doit être convaincu qu'il savait que, s'il tuait effectivement l'homme, une conséquence probable serait que cet homme serait mort!

Le juge Taggart, qui a soigneusement étudié une grande partie de la jurisprudence, n'a pas estimé que le commentaire du juge Robertson dans l'arrêt *Miller and Cockriell* justifie la position du juge Seaton. À son avis, le juge Robertson avait simplement constaté que le par. 21(2) du *Code* ne s'appliquait pas aux faits alors en cause. Il s'agissait d'un cas qui relevait du par. 21(1) et il n'était donc pas nécessaire de mentionner le par. 21(2). Néanmoins le commentaire du juge Robertson a fréquemment été invoqué à l'appui de la position que prend le juge Seaton dans sa dissidence. La Cour d'appel de l'Ontario a statué sur la question dans son arrêt *R. v. Turkiewicz, Barrow and MacNamara* (1979), 50 C.C.C. (2d) 406, où le juge Zuber, au nom de la cour formée également des juges Brooke et Arnup, dit, à la p. 409:

[TRADUCTION] Le paragraphe 21(2), qui parle de connaissance des conséquences probables, n'a aucune application en l'espèce, alors que les parties ont fait précisément ce qu'elles avaient convenu de faire: voir *R. v. Miller and Cockriell* (1975), 24 C.C.C. (2d) 401, à la p. 440, 63 D.L.R. (3d) 193, à la p. 232, 33 C.R.N.S. 129 (confirmé par 31 C.C.C. (2d) 177, [1977] 2 R.C.S. 680, 70 D.L.R. (3d) 324). Seul le par. 21(1) peut avoir quelque application en l'espèce et, compte tenu des faits en cause, la simple lecture du paragraphe suffisait.

And, more recently, Howland C.J.O. in *R. v. Howard and Trudel* (1983), 3 C.C.C. (3d) 399, said at p. 408:

It was held by this court in *R. v. Turkiewicz, Barrow and MacNamara* (1979), 50 C.C.C. (2d) 406, 103 D.L.R. (3d) 332, 26 O.R. (2d) 570, that s. 21(2) does not apply where the parties do precisely what they set out to do. Under s. 21(2) where two or more persons form an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein, the unlawful purpose referred to is not the offence charged.

It could be said that both *Turkiewicz* and *Howard* were cases where on their facts s. 21(2) of the *Code* did not apply; that they were cases of aiding and abetting more properly to be considered under s. 21(1). They do, however, in my view, support the views expressed by Seaton J.A. in his dissent and by Craig J.A. on this issue.

While acknowledging that the words of s. 21 of the *Criminal Code* could be read to support either contention, and while not overlooking the fact that I was a member of the court in *Wong* and in *Miller and Cockriell*, which cases are said to express conflicting views on the question, I am of the opinion that the weight of the authorities supports the dissenting view of Seaton J.A., to the effect that the unlawful purpose mentioned in s. 21(2) must be different from the offence which is actually charged. In reaching this conclusion, I adopt the words of Craig J.A., *supra*. The "unlawful purpose" and "the offence" committed in the course of the pursuit of the unlawful purpose are different. 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. I am of the opinion that the trial judge was in error in his charge to the jury with respect to s. 21(2) of the *Criminal Code*.

Et, plus récemment, le juge en chef de l'Ontario Howland, dans l'arrêt *R. v. Howard and Trudel* (1983), 3 C.C.C. (3d) 399, a dit à la p. 408:

[TRANSDUCTION] Cette Cour a déjà jugé dans l'arrêt *R. v. Turkiewicz, Barrow and MacNamara* (1979), 50 C.C.C. (2d) 406, 103 D.L.R. (3d) 332, 26 O.R. (2d) 570, que le par. 21(2) ne s'applique pas lorsque les parties font précisément ce qu'elles avaient l'intention de faire. En vertu du par. 21(2), lorsque deux ou plusieurs personnes forment une intention commune de poursuivre une fin illégale et de s'y entraider, la fin illégale dont il est fait mention n'est pas l'infraction faisant l'objet de l'inculpation.

On peut dire que tant l'arrêt *Turkiewicz* que l'arrêt *Howard* étaient des affaires où, en raison des faits en cause, le par. 21(2) du *Code* ne s'appliquait pas et qu'il s'agissait d'affaires relevant plutôt du par. 21(1), soit, aider et encourager à commettre une infraction. Néanmoins, à mon avis, elles justifient l'opinion du juge Seaton dans sa dissidence et du juge Craig sur ce point.

Tout en reconnaissant que les termes de l'art. 21 du *Code criminel* pourraient être interprétés dans les deux sens, et sans oublier que j'ai siégé dans les arrêts *Wong* et *Miller and Cockriell*, dont on dit qu'ils expriment des opinions incompatibles sur la question, je suis d'avis que le poids de la jurisprudence appuie l'opinion dissidente du juge Seaton selon laquelle la fin illégale mentionnée au par. 21(2) doit différer de l'infraction qui est effectivement imputée. En arrivant à cette conclusion, j'adopte les termes du juge Craig, précités. La «fin illégale» et «l'infraction» commise lors de la poursuite de celle-ci diffèrent. 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. Je suis d'avis que le juge du procès a commis une erreur dans ses directives au jury au sujet du par. 21(2) du *Code criminel*.

Dumoulin's Guilty Plea

It will be recalled that Dumoulin, after pleading guilty to conspiracy and being sentenced, gave evidence for the Crown. In dealing with her evidence in his charge to the jury, the trial judge instructed the jury that there was evidence upon which they could conclude that she had been an accomplice of Ochs, Simpson and L'Ortye and that it was dangerous to convict upon the evidence of an accomplice in the absence of corroboration but they could do so if satisfied beyond a reasonable doubt that the accomplice evidence was true. The charge was delivered before the rendering of this Court's judgment in *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811. He gave further instructions as to the nature of corroborative evidence and reviewed the relevant evidence for them. No objection is taken to the charge in this respect. The appellants, however, argue that the jury should have been directed, as well, that the fact that Dumoulin had pleaded guilty to the conspiracy charge could not be considered as evidence against Simpson, Ochs and L'Ortye on the issue of their guilt or innocence.

In the Court of Appeal, Seaton J.A., with whom Craig J.A. agreed on this issue, was of the view that the omission of a direction to the above effect, with respect to the evidence of Dumoulin, was an error of great significance. He referred to *R. v. Caron* (1971), 9 C.C.C. (2d) 447 (Ont. C.A.), and *R. v. Ellis* (1972), 6 C.C.C. (2d) 220 (Ont. C.A.), as well as other authorities which deal with the question. Taggart J.A. distinguished the decisions relied upon by Seaton J.A. on the basis that they dealt with cases where the plea of guilty had been entered to the same offence with which a co-accused was charged, whereas in the case at bar Dumoulin had pleaded guilty to a charge of conspiracy while the others had been charged with murder. This distinction was not considered sufficient by Seaton J.A.

This question was said to be of particular importance in this case. Dumoulin pleaded guilty to a charge of conspiracy to commit the crime which was, in fact, committed, and with which her

Le plaidoyer de culpabilité de Dumoulin

On se rappellera que Dumoulin, après avoir plaidé coupable à l'accusation de complot et avoir été condamnée, a été témoin à charge. Lorsque le juge du procès a traité de ce témoignage dans ses directives au jury, il lui a expliqué qu'il existait des éléments de preuve lui permettant de conclure qu'elle avait été complice d'Ochs, de Simpson et de L'Ortye et qu'il était dangereux de déclarer quelqu'un coupable sur la foi du témoignage d'un complice en l'absence de corroboration, mais qu'il pouvait le faire s'il était convaincu hors de tout doute raisonnable que le témoignage de la complice était véridique. Ces directives ont été données avant que cette Cour ne rende l'arrêt *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811. Il a aussi donné d'autres directives sur la nature d'une preuve corroborante et a passé en revue pour eux les éléments de preuve pertinents. Les directives à cet égard ne font l'objet d'aucune objection. Toutefois les appelants soutiennent que le jury aurait dû aussi être prévenu que le plaidoyer de culpabilité de Dumoulin relativement à l'accusation de complot ne pouvait être considéré comme une preuve jouant contre Simpson, Ochs et L'Ortye, sur la question de leur culpabilité ou de leur innocence.

En Cour d'appel, le juge Seaton, avec lequel le juge Craig était d'accord sur ce point, était d'avis que l'absence de directive dans le sens susmentionné, à l'égard du témoignage de Dumoulin, était une erreur très importante. Il renvoie aux affaires *R. v. Caron* (1971), 9 C.C.C. (2d) 447 (C.A. Ont.) et *R. v. Ellis* (1972), 6 C.C.C. (2d) 220 (C.A. Ont.), ainsi qu'à la jurisprudence qui traite de la question. Le juge Taggart a distingué l'espèce des décisions qu'invoque le juge Seaton, parce qu'elles traitaient de cas où le plaidoyer de culpabilité portait sur la même infraction que celle dont un coaccusé était inculpé, alors qu'en l'espèce Dumoulin avait plaidé coupable à une accusation de complot, alors que les autres étaient accusés de meurtre. Le juge Seaton n'a pas estimé cette distinction suffisante.

La question, a-t-on dit, revêt une importance particulière en l'espèce. Dumoulin a plaidé coupable à une accusation de complot afin de commettre le crime même qui a effectivement été commis et