

**Yvan Vaillancourt** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**The Attorney General for Ontario** *Intervener*

INDEXED AS: R. v. VAILLANCOURT

File No.: 18963.

1986: December 10; 1987: December 3.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard\*, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Presumption of innocence — Constructive murder — Death caused by accomplice during robbery — Proof of intentional dangerous conduct causing death substituted for proof of mens rea with respect to death of victim — Accused's conviction possible notwithstanding existence of reasonable doubt on essential element — Whether s. 213(d) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justifiable under s. 1 of the Charter.*

*Criminal law — Constructive murder — Fundamental justice — Presumption of innocence — Death caused by accomplice during robbery — Proof of intentional dangerous conduct causing death substituted for proof of mens rea with respect to death of victim — Accused's conviction possible notwithstanding existence of reasonable doubt on essential element — Whether s. 213(d) of the Criminal Code violates ss. 7 or 11(d) of the Charter — If so, whether such violation justifiable under s. 1 of the Charter.*

During an armed robbery in a pool hall, appellant's accomplice shot and killed a client. The accomplice managed to escape but appellant was arrested and convicted of second degree murder as a party to the offence pursuant to ss. 21(2) and 213(d) of the *Criminal Code*. Section 213(d) provides that "Culpable homicide is murder where a person causes the death of a human being while committing or attempting to commit ...

\* Chouinard J. took no part in the judgment.

**Yvan Vaillancourt** *Appellant*

c.

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*

<sup>a</sup> et

**Le procureur général de l'Ontario** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. VAILLANCOURT

<sup>b</sup> N° du greffe: 18963.

1986: 10 décembre; 1987: 3 décembre.

<sup>c</sup> Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard\*, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

<sup>d</sup> *Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Présomption d'innocence — Meurtre par imputation — Mort causée par un complice au cours d'un vol qualifié — Preuve d'une conduite intentionnelle dangereuse causant la mort substituée à la preuve de la mens rea relativement à la mort de la victime — Possibilité de déclarer l'accusé coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément essentiel — L'article 213d) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?*

<sup>e</sup> *Droit criminel — Meurtre par imputation — Justice fondamentale — Présomption d'innocence — Mort causée par un complice au cours d'un vol qualifié — Preuve d'une conduite intentionnelle dangereuse causant la mort substituée à la preuve de la mens rea relativement à la mort de la victime — Possibilité de déclarer l'accusé coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément essentiel — L'article 213d) du Code criminel viole-t-il les art. 7 ou 11d) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?*

<sup>f</sup> Au cours de la perpétration d'un vol à main armée dans une salle de billard, le complice de l'appellant a tiré un coup de feu qui a tué un client. Le complice a pu s'échapper, mais l'appellant a été arrêté et, conformément au par. 21(2) et à l'al. 213d) du *Code criminel*, il a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré, à titre de partie à l'infraction. L'alinéa 213d) dispose que «L'homicide coupable est un meurtre lorsqu'une per-

\* Le juge Chouinard n'a pas pris part au jugement.

robbery ... whether or not the person means to cause death to any human being and whether or not he knows that death is likely to be caused to any human being, if ... he uses a weapon or has it upon his person during or at the time he commits or attempts to commit the offence ... and the death ensues as a consequence." At his trial before judge and jury, appellant testified that at the time of the robbery, he was certain that the gun in possession of the accomplice was not loaded. He stated that they had agreed to commit the robbery armed only with knives and when, on the night of the crime, the accomplice arrived with a gun he insisted that it be unloaded. The accomplice removed three bullets from the gun and gave them to the appellant. Appellant's glove containing the three bullets was recovered by the police at the scene of the crime. The Court of Appeal dismissed appellant's appeal from conviction. In this Court, he challenged the constitutional validity of s. 213(d) of the *Criminal Code*. This appeal raises two constitutional questions: (1) Is section 213(d) of the *Code* inconsistent with either ss. 7 or 11(d) of the *Charter* and, therefore, of no force or effect? (2) If not, is the combination of ss. 21 and 213(d) of the *Code* inconsistent with either ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and is s. 21 therefore of no force or effect in the case of a charge under s. 213(d)?

*Held* (McIntyre J. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered. The first constitutional question should be answered in the affirmative. No answer was given to the second constitutional question.

*Per* Dickson C.J. and Estey, Lamer and Wilson JJ.: Prior to the enactment of the *Charter*, Parliament had full legislative powers with respect to criminal law, including the determination of the essential elements of any given crime. But the *Charter* has restricted these powers. Under section 7, if a conviction will result in a deprivation of the life, liberty or security of the person of the accused, then Parliament must respect the principles of fundamental justice. One of these principles is that a minimum mental state is an essential element of an offence. However, because of the special nature of the stigma attached to a conviction for murder, the principles of fundamental justice require a *mens rea* reflecting the particular nature of that crime. While the current view of the justices is that such a conviction cannot rest on anything less than proof beyond a reasonable doubt of subjective foresight, for the purpose of this

sonne cause la mort d'un être humain pendant qu'elle commet ou tente de commettre [un... ] vol qualifié [...] qu'elle ait ou non l'intention de causer la mort d'un être humain et qu'elle sache ou non qu'il en résultera vraisemblablement la mort d'un être humain [...] si elle emploie une arme ou l'a sur sa personne pendant ou alors qu'elle commet ou tente de commettre l'infraction [...] et que la mort en soit la conséquence». À son procès devant un juge et un jury, l'appelant a témoigné qu'au moment du vol qualifié, il était certain que l'arme à feu que son complice avait en sa possession n'était pas chargée. Il a affirmé qu'ils avaient convenu de commettre le vol qualifié en étant armés de couteaux seulement et que, le soir du crime, lorsque le complice s'est présenté avec une arme à feu, il a tenu à ce qu'elle soit déchargée. Le complice a enlevé de l'arme à feu trois cartouches qu'il a remises à l'appelant. Le gant de l'appelant qui contenait les trois cartouches a été trouvé par la police sur les lieux du crime. La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté par l'appelant contre sa déclaration de culpabilité. En cette Cour, il attaque la constitutionnalité de l'al. 213d) du *Code criminel*. En l'espèce, deux questions constitutionnelles ont été formulées: (1) L'alinéa 213d) du *Code* est-il incompatible avec l'art. 7 ou l'al. 11d) de la *Charte* et par conséquent, inopérant? (2) Sinon, la combinaison de l'art. 21 et de l'al. 213d) du *Code* est-elle incompatible avec l'art. 7 ou l'al. 11d) de la *Charte* et l'art. 21 du *Code* est-il, par conséquent, inopérant dans le cas d'une accusation fondée sur l'al. 213d)?

*Arrêt* (le juge McIntyre est dissident): Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné. La première question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative. Aucune réponse n'est donnée à la seconde question constitutionnelle.

*Le* juge en chef Dickson et les juges Estey, Lamer et Wilson: Avant l'adoption de la *Charte*, le Parlement avait pleins pouvoirs législatifs en matière de droit criminel, y compris en ce qui concerne la détermination des éléments essentiels d'un crime donné. La *Charte* est cependant venue limiter ces pouvoirs. Suivant l'art. 7, si une déclaration de culpabilité porte atteinte au droit de l'accusé à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, le législateur doit alors respecter les principes de justice fondamentale. L'un de ces principes porte qu'un état d'esprit minimal constitue un élément essentiel de l'infraction. Toutefois, en raison de la nature spéciale des stigmates qui se rattachent à une déclaration de culpabilité de meurtre, les principes de justice fondamentale commandent une *mens rea* qui reflète la nature particulière de ce crime. Bien que les juges estiment actuellement qu'une telle déclaration de culpa-

appeal, it is sufficient to say that, as a principle of fundamental justice, there cannot be a conviction in the absence of proof beyond a reasonable doubt of at least objective foreseeability.

The presumption of innocence in s. 11(d) of the *Charter* is offended when an accused may be convicted despite the existence of a reasonable doubt on an essential element of the offence. Where Parliament substituted proof of a different element for proof of an essential element, such substitution is constitutionally valid if, upon proof beyond reasonable doubt of the substituted element, it would be unreasonable for the trier of fact or a jury not to be satisfied beyond a reasonable doubt of the existence of the essential element. Therefore, an accused cannot be found guilty of murder absent proof beyond a reasonable doubt of at least objective foreseeability, and a murder provision which allows a conviction in the absence of proof beyond reasonable doubt of at least that essential element infringes ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

In the present case, s. 213(d) of the *Code* is *prima facie* in violation of ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. The *mens rea* required for s. 213 consists of the *mens rea* for the underlying offence and the intent to commit one of the acts set forth in paras. (a) to (d). Section 213 does not completely exclude the need to prove any objective foreseeability. Rather, it has substituted for proof beyond a reasonable doubt of objective foreseeability, if that is the essential element, proof beyond a reasonable doubt of certain forms of intentional dangerous conduct causing death. But this substitution is not constitutionally valid because it is still possible that, notwithstanding proof beyond a reasonable doubt of the matters set forth in paras. (a) and (d), a jury could reasonably be left in doubt as to whether the accused ought to have known that death was likely to ensue.

Section 213(d) cannot be saved by s. 1 of the *Charter*. It is clear that Parliament's objective to deter the use or carrying of a weapon in the commission of certain offences, because of the increased risk of death, was of sufficient importance for the purpose of s. 1. However, the measures adopted were not reasonable and demonstrably justifiable. While these measures appear to be rationally connected to the objective, they unduly impair the rights and freedoms in question. Indeed, it is

bilité ne saurait reposer sur quelque chose de moins que la preuve hors de tout doute raisonnable d'une prévision subjective, il suffit de dire, pour les fins du présent pourvoi, que c'est un principe de justice fondamentale qu'en l'absence d'une preuve hors de tout doute raisonnable d'au moins une prévisibilité objective, il ne peut y avoir de déclaration de culpabilité.

Il y a contravention à la présomption d'innocence établie par l'al. 11d) de la *Charte* dès lors qu'un accusé peut être déclaré coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à un élément essentiel de l'infraction. Lorsque le législateur a remplacé la preuve d'un élément essentiel par la preuve d'un élément différent, cette substitution n'est constitutionnelle que si après que l'on a prouvé hors de tout doute raisonnable l'existence de l'élément ainsi substitué, il serait déraisonnable que le juge des faits ou le jury ne soit pas convaincu hors de tout doute raisonnable de l'existence de l'élément essentiel. Par conséquent, un accusé ne peut être déclaré coupable de meurtre en l'absence d'une preuve hors de tout doute raisonnable d'au moins une prévisibilité objective, et une disposition relative au meurtre qui permet de déclarer une personne coupable en l'absence de la preuve hors de tout doute raisonnable d'au moins cet élément essentiel contrevient à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*.

En l'espèce, l'al. 213d) du *Code* viole à première vue l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. La *mens rea* requise dans le cas de l'art. 213 est celle requise pour l'infraction sous-jacente et l'intention de commettre l'un des actes énoncés aux al. a) à d). L'article 213 n'exclut pas complètement la nécessité de faire la preuve d'une prévisibilité objective. Plutôt, il substitue à la preuve hors de tout doute raisonnable de la prévisibilité objective, à supposer que ce soit là l'élément essentiel, la preuve hors de tout doute raisonnable de certains types de conduite intentionnelle dangereuse causant la mort. Cette substitution est cependant inconstitutionnelle parce qu'il est encore possible que, nonobstant la preuve hors de tout doute raisonnable des choses énoncées aux al. a) à d), un jury ait raisonnablement des doutes pour ce qui est de déterminer si l'accusé aurait dû savoir que la mort était susceptible de s'ensuire.

L'alinéa 213d) ne peut être sauvegardé par l'article premier de la *Charte*. Il est évident que l'objectif du législateur consistant à dissuader d'utiliser une arme ou d'en être muni lors de la perpétration de certaines infractions, en raison du risque accru de causer la mort, revêt une importance suffisante aux fins de l'article premier. Cependant, les mesures adoptées ne sont pas raisonnables et leur justification ne peut pas se démontrer. Bien qu'il semble y avoir un lien rationnel entre ces

not necessary to convict of murder persons who did not intend or foresee the death and who could not even have foreseen the death in order to deter others from using or carrying weapons. If Parliament wishes to deter the use or carrying of weapons, it should, as in s. 83 of the *Code*, punish the use or carrying of weapons.

*Per Beetz and Le Dain JJ.*: For the reasons given by Lamer and La Forest JJ., s. 213(d) of the *Criminal Code* does not conform to the principles of fundamental justice entrenched in the *Charter* and cannot be saved under s. 1. For the reasons given by Lamer J., s. 213(d) also violates s. 11(d) of the *Charter* and cannot be justified under s. 1. Given these conclusions, it is not necessary to decide whether there exists a principle of fundamental justice that a conviction for murder cannot rest on anything less than proof beyond a reasonable doubt of subjective foresight.

*Per La Forest J.*: Because of the stigma attached to a conviction for murder, the principles of fundamental justice require a *mens rea* reflecting the particular nature of that crime, namely one referable to causing death. In addition to the intention to cause death, this can include a closely related intention such as intention to cause bodily harm likely to result in death combined with recklessness as to that result. It is sufficient to say in this case that the mental element required by s. 213(d) of the *Criminal Code* is so remote from the intention specific to murder that a conviction under that paragraph violates fundamental justice. The provision is so broad that under it a person may be found guilty of murder even though the death was the result of an accident.

Section 213(d) of the *Code* cannot be saved by s. 1 of the *Charter*. The objective of discouraging the use of weapons in the commission of crimes can be achieved by means other than attaching the stigma of a conviction for murder to a person who has caused death in the circumstances like those described in the provision.

*Per McIntyre J.* (dissenting): The two constitutional questions should be answered in the negative. Parliament has decided that possession and use of weapons in the course of the commission of offences is a gravely aggravating factor and has chosen to term a killing arising in the circumstances described in s. 213(d) as

mesures et l'objectif visé, elles portent indûment atteinte aux droits et aux libertés en question. En fait, il n'est pas nécessaire, pour dissuader d'autres personnes de se servir d'armes ou d'en être munies, de déclarer coupables de meurtre des personnes qui n'ont pas voulu ni prévu causer la mort et qui n'auraient même pas pu prévoir qu'elle résulterait. Si le législateur souhaite dissuader les gens d'utiliser une arme ou d'en être munis, il devrait, comme il le fait à l'art. 83 du *Code*, punir l'usage ou le port d'une arme.

*Les juges Beetz et Le Dain*: Pour les raisons données par les juges Lamer et La Forest, l'al. 213d) du *Code criminel* n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale enchâssés dans la *Charte* et il ne peut être sauvegardé en vertu de l'article premier. Pour les raisons données par le juge Lamer, l'al. 213d) viole aussi l'al. 11d) de la *Charte* et ne saurait être justifié en vertu de l'article premier. Étant donné ces conclusions, il n'est pas nécessaire de déterminer s'il existe un principe de justice fondamentale portant qu'une déclaration de culpabilité de meurtre ne saurait reposer sur quelque chose de moins que la preuve hors de tout doute raisonnable d'une prévision subjective.

*Le juge La Forest*: En raison des stigmates liés à une déclaration de culpabilité de meurtre, les principes de justice fondamentale exigent une *mens rea* qui reflète la nature particulière de ce crime, savoir une qui se rapporte au fait de causer la mort. Outre l'intention de causer la mort, cela peut inclure une intention très proche comme celle de causer des lésions corporelles de nature à causer la mort, sans se soucier que la mort en résulte ou non. Il suffit de dire, en l'espèce, que l'élément moral requis par l'al. 213d) du *Code criminel* est si éloigné de l'intention spécifique de commettre un meurtre qu'une déclaration de culpabilité rendue en vertu de cet alinéa est contraire à la justice fondamentale. La disposition est de portée si générale qu'elle permet de déclarer une personne coupable de meurtre même si la mort a été causée accidentellement.

L'alinéa 213d) du *Code* ne peut être sauvegardé par l'article premier de la *Charte*. L'objectif de dissuader d'utiliser des armes en commettant des crimes peut être atteint autrement que par l'imposition du stigmate de la déclaration de culpabilité de meurtre à une personne qui a causé la mort dans des circonstances comme celles décrites dans la disposition.

*Le juge McIntyre* (dissident): Les deux questions constitutionnelles doivent recevoir une réponse négative. Le législateur a décidé que la possession et l'usage d'une arme pendant la perpétration d'une infraction sont des facteurs très aggravants et il a choisi d'appeler «meurtre» l'homicide commis dans les circonstances décrites à

murder. While it may be illogical to characterize an unintentional killing as murder, no principle of fundamental justice is offended because serious criminal conduct, involving the commission of a crime of violence resulting in the killing of a human being, is classified as murder and not in some other manner.

In this case, the accused was properly convicted of murder under the combined effect of ss. 21(2) and 213(d) of the *Code*. The terms of s. 21(2) were fully met as there was evidence of the accused's active participation in the commission of the robbery, the underlying offence. The section gives expression to a principle of joint criminal liability long accepted and applied in the criminal law, and there is no basis upon which one could exempt conduct which attracts criminal liability, under s. 213 of the *Code*, from the application of that principle.

#### Cases Cited

By Lamer J.

**Considered:** *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Corporation of the City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; **disapproved:** *R. v. Bezanon* (1983), 8 C.C.C. (3d) 493; **referred to:** *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Swietlinski v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 956; *Reference re Validity of s. 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1, aff'd [1951] A.C. 179; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Vasil*, [1981] 1 S.C.R. 469; *R. v. Trinneer*, [1970] S.C.R. 638; *R. v. Farrant*, [1983] 1 S.C.R. 124; *R. v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225; *People v. Aaron*, 299 N.W.2d 304 (1980); *State v. Doucette*, 470 A.2d 676 (1983); *Sir John Chichester's Case* (1647), Aleyn 12, 82 E.R. 888; *Hull's Case* (1664), Kelyng, J. 40; *R. v. Plummer* (1702), Kelyng, J. 109, 84 E.R. 1103; *R. v. Woodburne and Coke* (1722), 16 St. Tr. 53.

By La Forest J.

**Referred to:** *Rowe v. The King*, [1951] S.C.R. 713.

By McIntyre J. (dissenting)

*R. v. Munro and Munro* (1983), 8 C.C.C. (3d) 260; *R. v. Trinneer*, [1970] S.C.R. 638; *R. v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 11(d).  
*Constitution Act, 1867*, s. 91(27).

l'al. 213d). Bien qu'il puisse être illogique de qualifier de meurtre l'homicide involontaire, aucun principe de justice fondamentale n'est violé du seul fait qu'une conduite criminelle grave comportant la perpétration d'un crime violent qui entraîne la mort d'un être humain, soit qualifiée de meurtre et non de quelque autre manière.

En l'espèce, c'est à juste titre que l'accusé a été déclaré coupable de meurtre en vertu de l'effet conjugué du par. 21(2) et de l'al. 213d) du *Code*. Les conditions du par. 21(2) étaient parfaitement remplies étant donné qu'il y avait preuve de la participation active de l'accusé à la perpétration du vol qualifié, l'infraction sous-jacente. La disposition exprime un principe de responsabilité criminelle conjointe depuis longtemps accepté et appliqué en droit criminel et il n'y a aucune raison de soustraire à l'application de ce principe une conduite qui, en vertu de l'art. 213 du *Code*, entraîne une responsabilité criminelle.

#### Jurisprudence

Citée par le juge Lamer

**Arrêts examinés:** *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Corporation de la ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; **arrêt critiqué:** *R. v. Bezanon* (1983), 8 C.C.C. (3d) 493; **arrêts mentionnés:** *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Swietlinski c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 956; *Reference re Validity of s. 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1, conf. [1951] A.C. 179; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Vasil*, [1981] 1 R.C.S. 469; *R. c. Trinneer*, [1970] R.C.S. 638; *R. c. Farrant*, [1983] 1 R.C.S. 124; *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225; *People v. Aaron*, 299 N.W.2d 304 (1980); *State v. Doucette*, 470 A.2d 676 (1983); *Sir John Chichester's Case* (1647), Aleyn 12, 82 E.R. 888; *Hull's Case* (1664), Kelyng, J. 40; *R. v. Plummer* (1702), Kelyng, J. 109, 84 E.R. 1103; *R. v. Woodburne and Coke* (1722), 16 St. Tr. 53.

Citée par le juge La Forest

**Arrêt mentionné:** *Rowe v. The King*, [1951] R.C.S. 713.

Citée par le juge McIntyre (dissident)

*R. v. Munro and Munro* (1983), 8 C.C.C. (3d) 260; *R. c. Trinneer*, [1970] R.C.S. 638; *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 11d).  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 21(2), 83 [abr. & rempl. 1976-77, chap. 53, art. 3], 205(5)a).

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 21(2), 83 [rep. & subs. 1976-77, c. 53, s. 3], 205(5)(a), 212(a)(i), (ii), (c), 213 [am. 1974-75-76, c. 93, s. 13; c. 105, s. 29 item 1(4)].

*Homicide Act*, 1957, 5 & 6 Eliz. 2, c. 11 (U.K.)

#### Authors Cited

Burns, Peter and R. S. Reid. "From Felony Murder to Accomplice Felony Attempted Murder: The Rake's Progress Compleat?" (1977), 55 *Can. Bar Rev.* 75.

Canada. Law Reform Commission. *Homicide* (Working Paper 33). Ottawa, 1984.

Canada. Law Reform Commission. *Recodifying Criminal Law* (Report 30). Ottawa, 1986.

Coke, Sir Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England*. London: W. Clarke & Sons, 1817.

Dalton, Michael. *Country Justice*. London, 1619.

East, Edward Hyde. *Pleas of the Crown*, vol. 1. London, 1803.

Edwards, J. Ll. J. "Constructive Murder in Canadian and English Law" (1961), 3 *Crim. L.Q.* 481.

Foster, Sir Michael. *Crown Law*. Oxford, 1762.

Grant, Isabel and A. Wayne MacKay. "Constructive Murder and the Charter: In Search of Principle" (1987), 25 *Alta. L. Rev.* 129.

Hale, Sir Matthew. *History of the Pleas of the Crown*, vol. 1, 1736.

Hawkins, William. *Pleas of the Crown*, vol. 1, 1716.

Hooper, Anthony. "Some Anomalies and Developments in the Law of Homicide" (1967), 3 *U.B.C. L. Rev.* 55.

Lanham, David. "Felony Murder—Ancient and Modern" (1983), 7 *Crim. L.J.* 90.

Mewett, Alan W. and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.

Parker, Graham. *An Introduction to Criminal Law*. Toronto: Methuen, 1977.

Perkins, Rollin M. and Ronald N. Boyce. *Criminal Law*, 3rd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1982.

Stephen, Sir James Fitzjames. *A History of the Criminal Law of England*, vol. 3. London: MacMillan & Co., 1883.

Stephen, Sir James Fitzjames. *Stephen's Digest of the Criminal Law*, 9th ed. By Lewis Frederick Sturge. London: Sweet & Maxwell, 1950.

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

Willis, John. "Case and Comment" (1951), 29 *Can. Bar Rev.* 784.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1984), 31 C.C.C. (3d) 75, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of second degree murder. Appeal allowed and new trial ordered, McIntyre J. dissenting.

212a)(i), (ii), (c), 213 [mod. 1974-75-76, chap. 93, art. 13; chap. 105, art. 29, item 1(4)].

*Homicide Act*, 1957, 5 & 6 Eliz. 2, chap. 11 (R.-U.)  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(27).

#### <sup>a</sup> Doctrine citée

Burns, Peter and R. S. Reid. «From Felony Murder to Accomplice Felony Attempted Murder: The Rake's Progress Compleat?» (1977), 55 *R. du B. can.* 75.

<sup>b</sup> Canada. Commission de réforme du droit. *L'homicide* (document de travail 33). Ottawa, 1984.

Canada. Commission de réforme du droit. *Pour une nouvelle codification du droit pénal* (rapport 30). Ottawa, 1986.

Coke, Sir Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England*. London: W. Clarke & Sons, 1817.

<sup>c</sup> Dalton, Michael. *Country Justice*. London, 1619.

East, Edward Hyde. *Pleas of the Crown*, vol. 1, London, 1803.

<sup>d</sup> Edwards, J. Ll. J. «Constructive Murder in Canadian and English Law» (1961), 3 *Crim. L.Q.* 481.

Foster, Sir Michael. *Crown Law*. Oxford, 1762.

Grant, Isabel and A. Wayne MacKay. «Constructive Murder and the Charter: In Search of Principle» (1987), 25 *Alta. L. Rev.* 129.

<sup>e</sup> Hale, Sir Matthew. *History of the Pleas of the Crown*, vol. 1, 1736.

Hawkins, William. *Pleas of the Crown*, vol. 1, 1716.

Hooper, Anthony. «Some Anomalies and Developments in the Law of Homicide» (1967), 3 *U.B.C. L. Rev.* 55.

<sup>f</sup> Lanham, David. «Felony Murder—Ancient and Modern» (1983), 7 *Crim. L.J.* 90.

Mewett, Alan W. and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.

Parker, Graham. *An Introduction to Criminal Law*. Toronto: Methuen, 1977.

<sup>g</sup> Perkins, Rollin M. and Ronald N. Boyce. *Criminal Law*, 3rd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1982.

Stephen, Sir James Fitzjames. *A History of the Criminal Law of England*, vol. 3. London: MacMillan & Co., 1883.

<sup>h</sup> Stephen, Sir James Fitzjames. *Stephen's Digest of the Criminal Law*, 9th ed. By Lewis Frederick Sturge. London: Sweet & Maxwell, 1950.

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

<sup>i</sup> Willis, John. «Case and Comment» (1951), 29 *R. du B. can.* 784.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1984), 31 C.C.C. (3d) 75, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé à l'encontre du verdict de culpabilité rendu contre lui relativement à une accusation de meurtre au deuxième degré. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, le juge McIntyre est dissident.

*Michel Marchand* and *Michael Brind'Amour*,  
for the appellant.

*Bernard Laprade* and *Jean-François Dionne*,  
for the respondent.

*James K. Stewart*, for the intervener.

The judgment of Dickson C.J. and Estey, Lamer  
and Wilson JJ. was delivered by

LAMER J.—

### Introduction

Vaillancourt was convicted of second degree murder following a trial before a judge and jury in Montréal. He appealed to the Quebec Court of Appeal, arguing that the judge's charge to the jury on the combined operation of ss. 213(d) and 21(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, was incorrect. His appeal was dismissed and the conviction was affirmed: (1984), 31 C.C.C. (3d) 75. Before this Court, he has challenged the constitutional validity of s. 213(d) alone and in combination with s. 21(2) under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

### The Facts

For the purposes of this appeal, the Crown does not contest the following statement of the facts.

The appellant and his accomplice committed an armed robbery in a pool hall. The appellant was armed with a knife and his accomplice with a gun. During the robbery, the appellant remained near the front of the hall while the accomplice went to the back. There was a struggle between the accomplice and a client. A shot was fired and the client was killed. The accomplice managed to escape and has never been found. The appellant was arrested at the scene.

In the course of his testimony, the appellant said that he and his accomplice had agreed to commit this robbery armed only with knives. On the night of the robbery, however, the accomplice arrived at their meeting place with a gun. The appellant said

*Michel Marchand* et *Michael Brind'Amour*,  
pour l'appellant.

*Bernard Laprade* et *Jean-François Dionne*, pour  
l'intimée.

*James K. Stewart*, pour l'intervenant.

Version française du jugement du juge en chef  
Dickson et des juges Estey, Lamer et Wilson rendu  
par

LE JUGE LAMER—

### Introduction

Vaillancourt a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré à l'issue d'un procès tenu devant un juge et un jury à Montréal. Il a interjeté appel devant la Cour d'appel du Québec, où il a fait valoir que les directives que le juge a données au jury concernant l'effet conjugué de l'al. 213d) et du par. 21(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, étaient erronées. L'appel a été rejeté et la déclaration de culpabilité confirmée: (1984), 31 C.C.C. (3d) 75. En cette Cour, il attaque, en se fondant sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, la constitutionnalité de l'al. 213d) pris isolément et conjugué avec le par. 21(2).

### Les faits

Pour les fins du présent pourvoi, le ministère public ne conteste pas les faits exposés ci-après.

L'appellant et son complice ont commis un vol à main armée dans une salle de billard. L'appellant était armé d'un couteau et son complice d'une arme à feu. Au cours du vol, l'appellant est resté près de l'entrée de la salle alors que le complice s'est rendu à l'arrière. Le complice en est venu aux mains avec un client. Un coup a été tiré et le client est mort. Le complice a pu s'échapper et on ne l'a jamais retrouvé. L'appellant a été arrêté sur les lieux du crime.

Au cours de son témoignage, l'appellant a affirmé que lui et son complice avaient convenu de commettre ce vol en étant armés de couteaux seulement. Le soir du vol, toutefois, le complice s'est présenté au lieu de rendez-vous avec une

that he objected because, on a previous armed robbery, his gun had discharged accidentally, and he did not want that to happen again. He insisted that the gun be unloaded. The accomplice removed three bullets from the gun and gave them to the appellant. The appellant then went to the bathroom and placed the bullets in his glove. The glove was recovered by the police at the scene of the crime and was found at trial to contain three bullets. The appellant testified that, at the time of the robbery, he was certain that the gun was unloaded.

### Constitutional Questions

Before this Court, the following constitutional questions were formulated:

1. Is section 213(d) of the *Criminal Code* inconsistent with the provisions of either s. 7 or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and, therefore, of no force or effect?
2. If not, is the combination of s. 21 and s. 213(d) of the *Criminal Code* inconsistent with the provisions of either s. 7 or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is s. 21 of the *Criminal Code* therefore of no force or effect in the case of a charge under s. 213(d) of the *Criminal Code*?

### The Law

#### *Narrowing the Issue*

The appellant has framed his attack on s. 213(d) of the *Code* in very wide terms. He has argued that the principles of fundamental justice require that, before Parliament can impose any criminal liability for causing a particular result, there must be some degree of subjective *mens rea* in respect of that result. This is a fundamental question with far reaching consequences. If this case were decided on that basis, doubt would be cast on the constitutional validity of many provisions throughout our *Criminal Code*, in particular s. 205(5)(a), whereby causing death by means of an unlawful act is culpable homicide, and s. 212(c) whereby objective foreseeability of the likelihood of death is sufficient for a murder conviction in certain circumstances.

arme à feu. L'appelant a dit qu'il s'était alors objecté car, au cours d'un vol à main armée antérieur, son arme s'était déchargée accidentellement, et il ne voulait pas que cela se reproduise. Il a tenu à ce que l'arme soit déchargée. Le complice a enlevé de l'arme à feu trois cartouches qu'il a remises à l'appelant. L'appelant est alors allé aux toilettes et a mis les cartouches dans son gant. La police a trouvé ce gant sur les lieux du crime et, au procès, on a conclu qu'il contenait trois cartouches. L'appelant a témoigné qu'au moment du vol il était certain que l'arme n'était pas chargée.

### Les questions constitutionnelles

En cette Cour, les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées:

1. L'alinéa 213d) du *Code criminel* est-il incompatible avec les dispositions de l'art. 7 ou de l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, inopérant?
2. Si non, la combinaison de l'art. 21 et de l'al. 213d) du *Code criminel* est-elle incompatible avec les dispositions de l'art. 7 ou de l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et l'art. 21 du *Code criminel* est-il, par conséquent, inopérant dans le cas d'une accusation fondée sur l'art. 213d) du *Code criminel*?

### Le droit

#### *Délimitation de la question en litige*

L'appelant a formulé en des termes très généraux son attaque contre l'al. 213d) du *Code*. Il a fait valoir que, suivant les principes de justice fondamentale, le législateur ne peut imposer de responsabilité criminelle pour avoir provoqué un résultat particulier que s'il y a un certain degré de *mens rea* subjective à l'égard de ce résultat. Voilà une question fondamentale lourde de conséquences. Si le présent litige devait être décidé sur ce fondement, cela mettrait en doute la constitutionnalité d'un bon nombre de dispositions de notre *Code criminel*, en particulier l'al. 205(5)a), aux termes duquel causer la mort au moyen d'un acte illégal constitue un homicide coupable, et l'al. 212c), selon lequel la prévisibilité objective que la mort pourra être causée suffit, dans certaines circonstances, pour permettre une déclaration de culpabilité de meurtre.

However, the appellant was convicted under s. 213(d) and the constitutional question is limited to this provision. In my opinion, the validity of s. 213(d) can be decided on somewhat narrower grounds. In addition, the Attorney General of Canada has seen fit not to intervene to support the constitutionality of s. 213(d), which is clearly in jeopardy in this case, though he may have intervened to support ss. 205(5)(a) and 212(c) and other similar provisions. I will thus endeavour not to make pronouncements the effect of which will be to predispose in *obiter* of other issues more properly dealt with if and when the constitutionality of the other provisions is in issue. I do, however, find it virtually impossible to make comments as regards s. 213(d) that will not have some effect on the validity of the rest of s. 213 or that will not reveal to some extent my views as regards s. 212(c). However, the validity of those sections and of paras. (a) to (c) of s. 213 is not in issue here and I will attempt to limit my comments to s. 213(d).

The appellant has also challenged the combined operation of ss. 21(2) and 213(d). Given my decision on the validity of s. 213(d) and in view of the importance of s. 21(2) and the absence of the Attorney General of Canada, I do not find it necessary or advisable to deal with s. 21(2) in this appeal.

#### *Analysis of s. 213(d)*

##### Section 213(d) in the Context of the Murder Provisions

It is first necessary to analyze s. 213(d) in the context of the other murder provisions in the *Code* in order to determine its true nature and scope. Murder is defined as a culpable homicide committed in the circumstances set out at ss. 212 and 213 of the *Code*. There is a very interesting progression through s. 212 to s. 213 with respect to the mental state that must be proven.

The starting point is s. 212(a)(i), which provides:

L'appelant a toutefois été déclaré coupable d'une infraction à l'al. 213d) et la question constitutionnelle se limite à cette disposition. J'estime qu'une décision concernant la validité de l'al. 213d) peut se fonder sur des moyens un peu plus étroits. De plus, le procureur général du Canada a jugé bon de ne pas intervenir à l'appui de la constitutionnalité de l'al. 213d), qui est nettement menacée en l'espèce, alors qu'il serait peut-être intervenu à l'appui des al. 205(5)a) et 212c) et d'autres dispositions semblables. Je m'efforcerai ainsi de ne pas faire de déclarations qui auront pour effet de préjuger, par voie d'opinion incidente, de questions qu'il conviendrait mieux d'aborder si jamais la constitutionnalité des autres dispositions était attaquée. Je constate cependant qu'il est presque impossible de formuler, au sujet de l'al. 213d), des observations qui n'auraient aucune incidence sur la validité du reste de l'art. 213 ou qui ne traduiraient pas jusqu'à un certain point mon opinion concernant l'al. 212c). Toutefois, la validité de ces dispositions et des al. a) à c) de l'art. 213 n'est pas en cause en l'espèce et j'essayerai de limiter mes observations à l'al. 213d).

L'appelant a aussi contesté l'effet conjugué du par. 21(2) et de l'al. 213d). Compte tenu de ma décision sur la validité de l'al. 213d) et vu l'importance du par. 21(2) ainsi que l'absence du procureur général du Canada, j'estime qu'il n'est ni nécessaire ni souhaitable de se prononcer sur le par. 21(2) en l'espèce.

#### *L'analyse de l'al. 213d)*

##### L'alinéa 213d) dans le contexte des dispositions relatives au meurtre

Il faut d'abord étudier l'al. 213d) dans le contexte des autres dispositions du *Code* relatives au meurtre afin d'en déterminer la nature et la portée véritables. Le meurtre est défini comme un homicide coupable commis dans les circonstances exposées aux art. 212 et 213 du *Code*. Les articles 212 et 213 traduisent une progression très intéressante en ce qui concerne l'état d'esprit dont on doit faire la preuve.

Le point de départ est le sous-al. 212a)(i), dont voici le texte:

**212. Culpable homicide is murder**

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

(i) means to cause his death,

This clearly requires that the accused have actual subjective foresight of the likelihood of causing the death coupled with the intention to cause that death. This is the most morally blameworthy state of mind in our system.

There is a slight relaxation of this requirement in s. 212(a)(ii), which provides:

**212. Culpable homicide is murder**

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

(ii) means to cause him bodily harm that he knows is likely to cause his death, and is reckless whether death ensues or not;

Here again the accused must have actual subjective foresight of the likelihood of death. However, the Crown need no longer prove that he intended to cause the death but only that he was reckless whether death ensued or not. It should also be noted that s. 212(a)(ii) is limited to cases where the accused intended to cause bodily harm to the victim.

Section 212(c) provides:

**212. Culpable homicide is murder**

(c) where a person, for an unlawful object, does anything that he knows or ought to know is likely to cause death, and thereby causes death to a human being, notwithstanding that he desires to effect his object without causing death or bodily harm to any human being.

In part, this is simply a more general form of recklessness and thus the logical extension of s. 212(a)(ii), in that it applies when the accused "does anything that he knows . . . is likely to cause death" (emphasis added). However, there is also a further relaxation of the mental element required for murder in that it is also murder where the accused "does anything that he . . . ought to know is likely to cause death" (emphasis added). This eliminates the requirement of actual subjective

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

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

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

<sup>a</sup> Il est évident que cette disposition exige que l'accusé ait vraiment prévu subjectivement que la mort pourrait être causée, et qu'il ait eu l'intention de la causer. Sur le plan moral, c'est là l'état d'esprit le plus répréhensible dans notre système.

Il y a un léger assouplissement de cette exigence au sous-al. 212a)(ii), qui dispose:

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

<sup>c</sup> a) lorsque la personne qui cause la mort d'un être humain

(ii) a l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'elle sait être de nature à causer sa mort, et qu'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non;

<sup>d</sup> Là encore, l'accusé doit vraiment avoir prévu subjectivement que la mort pourrait être causée. Toutefois, le ministère public est tenu de prouver non plus qu'il avait l'intention de causer la mort, mais seulement qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non. Soulignons en outre que l'application du sous-al. 212a)(ii) se limite aux cas où l'accusé a eu l'intention de causer des lésions corporelles à la victime.

L'alinéa 212c) porte:

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

<sup>g</sup> c) lorsqu'une personne, pour une fin illégale, fait quelque chose qu'elle sait, ou devrait savoir, de nature à causer la mort et, conséquemment, cause la mort d'un être humain, même si elle désire atteindre son but sans causer la mort ou une lésion corporelle à qui que ce soit.

<sup>h</sup> En partie, il s'agit là d'une forme plus générale d'insouciance et, ainsi, du prolongement logique du sous-al. 212a)(ii) en ce sens que cette disposition s'applique lorsque la personne accusée «fait quelque chose qu'elle sait [ . . . ] de nature à causer la mort» (je souligne). Il y a cependant aussi un assouplissement encore plus grand en ce qui concerne l'élément moral requis pour qu'il y ait meurtre, puisqu'une personne accusée se rend aussi coupable de ce crime lorsqu'elle «fait quelque

foresight and replaces it with objective foreseeability or negligence.

The final relaxation in the definition of murder occurs at s. 213:

**213.** Culpable homicide is murder where a person causes the death of a human being while committing or attempting to commit high treason or treason or an offence mentioned in section 52 (sabotage), 76 (piratical acts), 76.1 (hijacking an aircraft), 132 or subsection 133(1) or sections 134 to 136 (escape or rescue from prison or lawful custody), 143 or 145 (rape or attempt to commit rape), 149 or 156 (indecent assault), subsection 246(2) (resisting lawful arrest), 247 (kidnapping and forcible confinement), 302 (robbery), 306 (breaking and entering) or 389 or 390 (arson), whether or not the person means to cause death to any human being and whether or not he knows that death is likely to be caused to any human being, if

(a) he means to cause bodily harm for the purpose of

- (i) facilitating the commission of the offence, or
- (ii) facilitating his flight after committing or attempting to commit the offence,

and the death ensues from the bodily harm;

(b) he administers a stupefying or overpowering thing for a purpose mentioned in paragraph (a), and the death ensues therefrom;

(c) he wilfully stops, by any means, the breath of a human being for a purpose mentioned in paragraph (a), and the death ensues therefrom; or

(d) he uses a weapon or has it upon his person

- (i) during or at the time he commits or attempts to commit the offence, or
- (ii) during or at the time of his flight after committing or attempting to commit the offence,

and the death ensues as a consequence.

Under this provision, it is murder if the accused causes the victim's death while committing or attempting to commit one of the enumerated offences if he performs one of the acts in paras. (a) to (d). Proof that the accused performed one of the acts in paras. (a) to (d) is substituted for proof of any subjective foresight or even objective foreseeability of the likelihood of death.

chose qu'elle [...] devrait savoir, de nature à causer la mort» (je souligne). Cela a donc pour effet d'éliminer l'exigence de prévision subjective réelle pour la remplacer par un critère de prévisibilité objective ou de négligence.

Le dernier assouplissement apporté à la définition de meurtre se trouve à l'art. 213:

**213.** L'homicide coupable est un meurtre lorsqu'une personne cause la mort d'un être humain pendant qu'elle commet ou tente de commettre une haute trahison, une trahison ou une infraction mentionnée aux articles 52 (sabotage), 76 (actes de piraterie), 76.1 (détournement d'aéronef), 132 ou au paragraphe 133(1) ou aux articles 134 à 136 (évasion ou délivrance d'une garde légale), 143 ou 145 (viol ou tentative de viol), 149 ou 156 (attentat à la pudeur), au paragraphe 246(2) (résistance à une arrestation légale), aux articles 247 (enlèvement et séquestration), 302 (vol qualifié), 306 (introduction par effraction) ou 389 ou 390 (crime d'incendie), qu'elle ait ou non l'intention de causer la mort d'un être humain et qu'elle sache ou non qu'il en résultera vraisemblablement la mort d'un être humain

a) si elle a l'intention de causer des lésions corporelles aux fins

- (i) de faciliter la perpétration de l'infraction, ou
- (ii) de faciliter sa fuite après avoir commis ou tenté de commettre l'infraction,

et que la mort résulte des lésions corporelles;

b) si elle administre un stupéfiant ou un soporifique à une fin mentionnée à l'alinéa a) et que la mort en résulte;

c) si, volontairement, elle arrête, par quelque moyen, la respiration d'un être humain à une fin mentionnée à l'alinéa a) et que la mort en résulte; ou

d) si elle emploie une arme ou l'a sur sa personne

- (i) pendant ou alors qu'elle commet ou tente de commettre l'infraction, ou
- (ii) au cours ou au moment de sa fuite après avoir commis ou tenté de commettre l'infraction,

et que la mort en soit la conséquence.

Suivant cette disposition, il y a meurtre dès lors que l'accusé cause la mort de la victime pendant qu'il commet ou tente de commettre l'une des infractions énumérées, et qu'il accomplit l'un des actes visés par les al. a) à d). La preuve que l'accusé a accompli l'un des actes visés par les al. a) à d) est substituée à la preuve de la prévision subjective ou même de la prévisibilité objective que la mort pourrait être causée.

I should add that there appears to be a further relaxation of the mental state when the accused is a party to the murder through s. 21(2) of the *Code* as in this case. However, as I have said, it is sufficient to deal with s. 213(d) in order to dispose of this appeal.

### The Historical Development of s. 213

Although the concept of felony murder has a long history at common law, a brief review of the historical development of s. 213 indicates that its legitimacy is questionable.

In the early history of English criminal law, *murdrum* or murder referred to a secret killing or the killing of a Dane or, later, a Norman by an Englishman and to the fine levied on the township where the killing occurred. By the early 14th century, the fines had been abandoned and murder had come to be the name used to describe the worst kind of homicide. The expression "malice aforethought" was subsequently adopted to distinguish murder from manslaughter, which denoted all culpable homicides other than murder. Malice aforethought was not limited to its natural and obvious sense of premeditation, but would be implied whenever the killing was intentional or reckless. In these instances, the malice was present and it is the premeditation which was implied by law.

Coke took this one step further and implied both the malice and the premeditation in cases where the death occurred in the commission of an unlawful act. He wrote in *The Third Part of the Institutes of the Laws of England* (London: W. Clarke & Sons, 1817), at p. 56:

*Unlawfull.* If the act be unlawful it is murder. As if A. meaning to steale a deere in the park of B, shooteth at the deer, and by the glance of the arrow killeth a boy that is hidden in a bush: this is murder, for that the act was unlawfull, although A. had no intent to hurt the boy, nor knew not of him. But if B. the owner of the park had shot at his own deer, and without any ill intent

Je tiens à ajouter qu'il semble y avoir un assouplissement encore plus grand de l'état d'esprit requis lorsque l'accusé est partie au meurtre en vertu du par. 21(2) du *Code*, comme c'est le cas en l'espèce. Toutefois, comme je l'ai dit, il suffit de traiter de l'al. 213d) pour statuer sur le présent pourvoi.

### L'évolution historique de l'art. 213

Quoique la notion de l'homicide concomitant d'une infraction majeure (*felony*) existe depuis longtemps en *common law*, un bref examen de l'évolution historique de l'art. 213 soulève des doutes sur la légitimité de cette notion.

À l'origine du droit criminel anglais, le terme *murdrum* ou meurtre désignait un homicide secret ou l'homicide perpétré par un Anglais contre un Danois ou, plus tard, un Normand, et l'amende imposée au township où l'homicide avait été commis. Dès le commencement du XIV<sup>e</sup> siècle, on avait abandonné les amendes et le meurtre était devenu le terme employé pour décrire les pires formes d'homicide. On a par la suite adopté l'expression «*malice aforethought*» (malice intentionnelle) pour distinguer le meurtre de l'homicide involontaire coupable qui englobait tous les homicides coupables autres que le meurtre. La malice intentionnelle ne se limitait pas à son sens littéral et manifeste de préméditation, mais on concluait à son existence chaque fois que l'homicide était commis de propos délibéré ou avec insouciance. Dans ces cas, il y avait malice et c'était la préméditation qui était présumée par la loi.

Coke est allé encore plus loin et a supposé qu'il y avait à la fois malice et préméditation dans les cas où la mort était causée au cours de la perpétration d'un acte illégal. Voici ce qu'il a écrit dans *The Third Part of the Institutes of the Laws of England* (London: W. Clarke & Sons, 1817), à la p. 56:

[TRADUCTION] *Illégal* — Si l'acte est illégal, il y a meurtre. Par exemple, si A, dans l'intention de voler un cerf dans le parc de B, tire sur le cerf et que la flèche, faisant ricochet, tue un garçon caché dans un arbrisseau, il s'agit d'un meurtre car l'acte était illégal, même si A ne voulait aucun mal au garçon et ignorait sa présence. Mais si B, le propriétaire du parc, avait tiré sur son

had killed the boy by the glance of his arrow, this had been homicide by misadventure, and no felony.

So if one shoot at any wild fowle upon a tree, and the arrow killeth any reasonable creature afar off, without any evill intent in him, this is *per infortunium*: for it was not unlawful to shoot at the wilde fowle: but if he had shot at a cock or hen, or any tame fowle of another mans, and the arrow by mischance had killed a man, this had been murder, for the act was unlawfull.

Coke's statement of the unlawful act murder rule has been much criticized. Stephen demonstrated that Coke's statement was not supported by the authorities cited (*A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. 3, at pp. 57-58). Further, a recent author has suggested that Coke's statement was just "a slip of the quill" and that Coke intended to say that accidental killing by an unlawful act was manslaughter (see D. Lanham, "Felony Murder—Ancient and Modern" (1983), 7 *Crim. L.J.* 90, at pp. 92-94). Other 17th century writers (Dalton, *Countrey Justice* (1619), at pp. 225-26, and Hale, *History of the Pleas of the Crown* (1736), vol. 1, at p. 475) and cases (*Sir John Chichester's Case* (1647), Aleyn 12, 82 E.R. 888, and *Hull's Case* (1664), Kelyng, J. 40) rejected the unlawful act murder rule as set out by Coke. Despite all of this, Coke's doctrine seems to have been accepted by the writers and the cases in the 18th century, and their only contribution was to limit it to killings in the course of felonies (see *R. v. Plummer* (1702), Kelyng, J. 109, 84 E.R. 1103, at p. 1107; Hawkins, *Pleas of the Crown* (1716), vol. 1, ch. 29, s. 11; *R. v. Woodburne and Coke* (1722), 16 St. Tr. 53; Foster, *Crown Law* (1762), at p. 258; East, *Pleas of the Crown* (1803), vol. 1, at p. 255). Of course, at that time, both the underlying felony and the murder were punishable by death, so the definition of a homicide in the course of a felony as a murder had little practical effect.

propre cerf et, sans mauvaise intention, avait tué le garçon par le ricochet de sa flèche, il se serait agi d'un homicide accidentel et non d'une infraction majeure.

De même, si, sans mauvaise intention, on tire sur du gibier à plumes dans un arbre et que la flèche tue un être humain qui se trouve plus loin, il s'agit d'un homicide *per infortunium*, car il n'était pas illégal de tirer sur le gibier; mais si la même personne avait tiré sur un coq ou une poule ou sur tout autre oiseau domestique appartenant à autrui, et que la flèche eût par malheur tué un homme, il se serait agi d'un meurtre car l'acte était illégal.

La règle de l'homicide concomitant d'un acte illégal énoncée par Coke a été beaucoup critiquée. Stephen a démontré que l'affirmation de Coke n'était pas appuyée par la jurisprudence citée (*A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. 3, aux pp. 57 et 58). De plus, un auteur a laissé entendre dernièrement que la déclaration de Coke n'était qu'un «lapsus» et que Coke avait voulu dire que l'homicide accidentel résultant d'un acte illégal était un homicide involontaire coupable (voir D. Lanham, «Felony Murder—Ancient and Modern» (1983), 7 *Crim. L.J.* 90, aux pp. 92 à 94). D'autres auteurs (Dalton, *Countrey Justice* (1619), aux pp. 225 et 226, et Hale, *History of the Pleas of the Crown* (1736), vol. 1, à la p. 475) et décisions du XVII<sup>e</sup> siècle (*Sir John Chichester's Case* (1647), Aleyn 12, 82 E.R. 888, et *Hull's Case* (1664), Kelyng, J. 40) ont écarté la règle de l'homicide concomitant d'un acte illégal formulée par Coke. Malgré tout cela, le principe de Coke semble avoir été retenu par la doctrine et la jurisprudence du XVIII<sup>e</sup> siècle qui n'ont fait que limiter son application aux homicides commis au cours de la perpétration d'infractions majeures (voir *R. v. Plummer* (1702), Kelyng, J. 109, 84 E.R. 1103, à la p. 1107; Hawkins, *Pleas of the Crown* (1716), vol. 1, chap. 29, art. 11; *R. v. Woodburne and Coke* (1722), 16 St. Tr. 53; Foster, *Crown Law* (1762), à la p. 258; East, *Pleas of the Crown* (1803), vol. 1, à la p. 255). Bien entendu, à cette époque, l'infraction majeure sous-jacente et le meurtre entraînaient tous les deux la peine capitale, de sorte qu'il importait peu sur le plan pratique que l'homicide commis au cours de la perpétration d'une infraction majeure soit défini comme un meurtre.

In the 19th century, the felony murder rule was accepted as part of the common law (see *Stephen's Digest of the Criminal Law* (9th ed. 1950), art. 264(c)). However, the rule was strongly criticized by Stephen, who labelled it "cruel" and "monstrous" (*A History of the Criminal Law of England, supra*, at p. 75).

Despite the rule's questionable origins and the subsequent criticisms, s. 175 of the English Draft Code of 1879 included a restricted form of felony murder which was subsequently adopted in the first Canadian *Criminal Code* in 1892. Through subsequent amendments, this provision has been widened and it is now s. 213. It is more restricted than the common law rule in that it is limited to deaths occurring in the commission of certain enumerated offences and it requires that the accused have committed one of the acts set out in paras. (a) to (d).

Section 213 and its predecessors in the *Code* have long been subject to academic criticism (see J. Willis, "Case and Comment" (1951), 29 *Can. Bar Rev.* 784, at pp. 794-96; J. Ll. J. Edwards, "Constructive Murder in Canadian and English Law" (1961), 3 *Crim. L.Q.* 481, at pp. 506-9; A. Hooper, "Some Anomalies and Developments in the Law of Homicide" (1967), 3 *U.B.C. L. Rev.* 55, at pp. 75-77; P. Burns and R. S. Reid, "From Felony Murder to Accomplice Felony Attempted Murder: The Rake's Progress Compleat?" (1977), 55 *Can. Bar Rev.* 75, at pp. 103-5; G. Parker, *An Introduction to Criminal Law* (1977), at pp. 145-48; D. Stuart, *Canadian Criminal Law* (1982), at pp. 222-25; I. Grant and A. W. MacKay, "Constructive Murder and the Charter: In Search of Principle" (1987), 25 *Alta. L. Rev.* 129; cf. A. W. Mewett and M. Manning, *Criminal Law* (2nd ed. 1985), at p. 545). It has also been subject to judicial criticism. In *R. v. Farrant*, [1983] 1 S.C.R. 124, Dickson J., as he then was, wrote that s. 213 seemed harsh (p. 130). In *R. v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225, dealing with the *mens rea* of attempted murder, McIntyre J. wrote at pp. 250-51:

Au XIX<sup>e</sup> siècle, la règle de l'homicide concomitant d'une infraction majeure était acceptée comme faisant partie intégrante de la *common law* (voir *Stephen's Digest of the Criminal Law* (9th ed. 1950), art. 264c)). La règle a toutefois été sévèrement critiquée par Stephen, qui l'a qualifiée de «cruelle» et «monstrueuse» (*A History of the Criminal Law of England*, précité, à la p. 75).

En dépit des origines douteuses de la règle et des critiques qui ont suivi, l'art. 175 de l'English Draft Code de 1879 comprenait une forme limitée d'homicide concomitant d'une infraction majeure qui a été reprise, par la suite, dans le premier *Code criminel* canadien en 1892. Des modifications ultérieures ont élargi la portée de cette disposition qui constitue aujourd'hui l'art. 213. La portée de cet article est plus restreinte que celle de la règle de *common law*, en ce sens qu'il vise uniquement les décès causés lors de la perpétration de certaines infractions énumérées et qu'il exige que l'accusé ait commis l'un des actes mentionnés aux al. a) à d).

L'article 213 et les dispositions du *Code* qui l'ont précédé font depuis longtemps l'objet de critiques de la part des auteurs de doctrine (voir J. Willis, «Case and Comment» (1951), 29 *R. du B. can.* 784, aux pp. 794 à 796; J. Ll. J. Edwards, «Constructive Murder in Canadian and English Law» (1961), 3 *Crim. L.Q.* 481, aux pp. 506 à 509; A. Hooper, «Some Anomalies and Developments in the Law of Homicide» (1967), 3 *U.B.C. L. Rev.* 55, aux pp. 75 à 77; P. Burns et R. S. Reid, «From Felony Murder to Accomplice Felony Attempted Murder: The Rake's Progress Compleat?» (1977), 55 *R. du B. can.* 75, aux pp. 103 à 105; G. Parker, *An Introduction to Criminal Law* (1977), aux pp. 145 à 148; D. Stuart, *Canadian Criminal Law* (1982), aux pp. 222 à 225; I. Grant et A. W. MacKay, «Constructive Murder and the Charter: In Search of Principle» (1987), 25 *Alta. L. Rev.* 129; cf. A. W. Mewett et M. Manning, *Criminal Law* (2nd ed. 1985), à la p. 545). Les tribunaux l'ont également critiqué. Dans l'arrêt *R. c. Farrant*, [1983] 1 R.C.S. 124, le juge Dickson, alors juge puîné, a écrit que l'art. 213 semblait cruel (p. 130). Dans l'arrêt *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225, portant sur la *mens rea* en matière de tentative de meurtre, le juge McIntyre écrit, aux pp. 250 et 251:

It was argued, and it has been suggested in some of the cases and academic writings on the question, that it is illogical to insist upon a higher degree of *mens rea* for attempted murder, while accepting a lower degree amounting to recklessness for murder. I see no merit in this argument. The intent to kill is the highest intent in murder and there is no reason in logic why an attempt to murder, aimed at the completion of the full crime of murder, should have any lesser intent. If there is any illogic in this matter, it is in the statutory characterization of unintentional killing as murder. [Emphasis added.]

Finally, the Law Reform Commission of Canada criticized s. 213 in *Homicide* (1984), Working Paper 33, at pp. 47-51, and excluded the notion of constructive murder from its Draft Criminal Code (*Recodifying Criminal Law* (1986), Report 30, cl. 6(3), at p. 54).

#### Felony Murder in Other Jurisdictions

Felony murder is a peculiarly common law concept which appears to be unknown outside a small circle of common law jurisdictions, and it has not fared well in those jurisdictions. In the United Kingdom, where the rule originated, it was abolished by the *Homicide Act*, 1957, 5 & 6 Eliz. 2, c. 11 (U.K.) The rule is still quite widespread in the United States, though it is said to be in decline (R. M. Perkins and R. N. Boyce, *Criminal Law* (3rd ed. 1982), at p. 70). The rule has been abolished by statute or by the courts in several jurisdictions (see *People v. Aaron*, 299 N.W.2d 304 (Mich. 1980), *State v. Doucette*, 470 A.2d 676 (Vt. 1983)), and it has been downgraded to manslaughter in others. In addition, the courts and the legislatures have limited the scope of the common law rule by limiting the felonies to which it is applicable, requiring some degree of *mens rea* with respect to the death, establishing affirmative defences or limiting the punishments available. The rule also exists in New Zealand and certain Australian states but it is narrower and abolition has been recommended in some jurisdictions.

On a prétendu, et on a laissé entendre dans certains arrêts et ouvrages sur la question, qu'il est illogique d'exiger une *mens rea* d'un degré plus élevé dans le cas d'une tentative de meurtre alors qu'on accepte une *mens rea* d'un degré moindre équivalant à l'insouciance dans le cas d'un meurtre. À mon avis, cet argument n'est pas fondé. L'intention de tuer est l'intention la plus grave en matière de meurtre et il n'y a aucune raison logique pour laquelle une tentative de meurtre, qui vise la réalisation du crime complet de meurtre, devrait comporter une intention moindre. Tout illogisme dans la présente affaire réside dans le fait que le Code qualifie de meurtre l'homicide involontaire. [Je souligne.]

Finalement, la Commission de réforme du droit du Canada a critiqué l'art. 213 dans le document de travail 33 intitulé *L'homicide* (1984), aux pp. 53 à 57, et a écarté la notion de meurtre par imputation de son projet de code pénal (*Pour une nouvelle codification du droit pénal* (1986), rapport 30, par. 6(3), à la p. 62).

#### Les autres ressorts et l'homicide concomitant d'une infraction majeure

L'homicide concomitant d'une infraction majeure est un concept propre à la *common law* qui paraît inconnu à l'extérieur d'un petit nombre de ressorts de *common law* et, même dans ces ressorts-là, il n'a pas été très bien reçu. Au Royaume-Uni, son pays d'origine, la règle a été abolie par l'*Homicide Act*, 1957, 5 & 6 Eliz. 2, chap. 11 (R.-U.) Quoiqu'elle soit encore assez répandue aux États-Unis, on dit que cette règle est sur son déclin (R. M. Perkins et R. N. Boyce, *Criminal Law* (3rd ed. 1982), à la p. 70). Dans plusieurs États, la règle a été abolie soit par le législateur soit par les tribunaux (voir *People v. Aaron*, 299 N.W.2d 304 (Mich. 1980), *State v. Doucette*, 470 A.2d 676 (Vt. 1983)), et dans d'autres, le meurtre a été réduit à l'homicide involontaire coupable. De plus, les tribunaux et les législateurs ont restreint la portée de la règle de *common law* en limitant les infractions majeures auxquelles elle s'applique, en exigeant qu'il y ait un certain degré de *mens rea* relativement à la mort causée, en établissant des moyens de défense positifs ou en limitant les peines pouvant être imposées. La règle existe également en Nouvelle-Zélande et dans certains États de l'Australie, mais sa portée est plus restreinte et son abolition a été recommandée dans certains ressorts.